 Tribunal de Contas da União

Brasília 2007

Licitações & Contratos Administrativos em Tecnologia da Informação: jurisprudência do TCU

www.tcu.gov.br

Brasil. Tribunal de Contas da União.

Licitações e contratos em tecnologia da informação : jurisprudência do TCU. – Brasília : TCU, Secretaria de Material, Patrimônio e Comunicação Administrativa, 2007.

219 p.

1. Licitação, legislação. 2. Licitação, jurisprudência. 3. Contrato administrativo, legislação. 4. Contrato administrativo, jurisprudência. 5. Tecnologia da informação, jurisprudência. I. Jurisprudência do TCU. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Ruben Rosa

Apresentação

Tenho a satisfação de apresentar a mais recente publicação do Tribunal de Contas da União, denominada "Licitações e Contratos em Tecnologia da Informação: Jurisprudência do TCU".

O trabalho apresenta méritos incontestáveis, sendo produto da ação de capacitação permanente do "Instituto Serzedello Corrêa", escola responsável pela formação e aprimoramento dos quadros de pessoal do Tribunal de Contas da União.

A obra apresenta seleta compilação das principais normas atinentes ao tema, enriquecida pela vasta jurisprudência produzida pelo TCU, com o objetivo altaneiro de aperfeiçoar a gestão da coisa pública. Seu conteúdo atende ao desiderato de auxiliar não só o setor público, mas também o setor privado.

Na publicação, as decisões do Tribunal são relacionadas a casos concretos, o que permite melhor compreensão da lei de licitações e da legislação correlata.

Esta síntese traduz, mais uma vez, a vontade inequívoca de o TCU contribuir para orientar as ações futuras da Administração, para evitar ou reduzir os prejuízos provocados pela má gestão dos recursos públicos, destinados à aquisição de bens e serviços de Tecnologia da Informação.

Agradeço a colaboração intensa da Secretaria de Material, Patrimônio e Comunicação Administrativa do TCU, representada por seu Secretário Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, pela coletânea das normas e da jurisprudência da Corte de Contas.

Walton Alencar Rodrigues
Presidente do TCU

Sumário

Introdução

O objetivo do presente trabalho é o exame da ordem jurídica pertinente a licitações e contratos em tecnologia da informação, no âmbito da Administração Pública Federal, com ênfase na jurisprudência do TCU.

Da leitura das decisões do TCU acerca do tema, extrai-se a interpretação conferida pela Corte de Contas a dispositivos da legislação específica, além da melhor orientação sobre a aplicação desses dispositivos, à luz de casos concretos, que lhe foram submetidos à apreciação visando à solução de controvérsias suscitadas pela aplicação das normas em vigor.

Evidencia-se aqui o papel relevante do TCU no cenário da atividade administrativa do Estado, em especial a sua atuação pedagógica, orientadora, que tem por propósito maior evitar, por parte dos administradores públicos, o cometimento de irregularidades que, a par da violação ao ordenamento jurídico vigente, implicam, muitas vezes, vultosos prejuízos ao erário e, por conseqüência, à própria sociedade.

Este material foi utilizado no Curso "Licitações e Contratos em Tecnologia da Informação: Jurisprudência do TCU", ministrado no período de 13 a 24 de agososto de2007, nas dependências do Instituto Serzedello Corrêa.

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões

1. Licitação

1.1. Conceitos básicos

1.1.1. O perfil constitucional da licitação

Constituição da República

Art. 37 (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...);

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Jurisprudência do TCU

"(...) a interpretação sistemática da própria Lei Maior reforça a convicção de que o Estatuto Federal de Licitações e Contratos é norma de observância obrigatória pela Petrobras.

(...) o art. 173, § 1º, inciso III, da Carta Magna é norma constitucional de eficácia limitada, a exigir que lei disponha sobre licitação e contratos das empresas estatais, observados os princípios da administração pública. A considerar que, até o presente momento, não foi publicado o referido diploma legal, incide na espécie a Lei 8.666/93, em cumprimento ao disposto no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição da República.

É evidente que o Tribunal tem admitido temperamentos na aplicação da Lei 8.666/93 quando a utilização da norma legal em sua inteireza implica risco à atividade-fim da empresa estatal, em ambiente concorrencial com a iniciativa privada (nesse sentido: Acórdão 121/1998, Decisão 1.383/2002, Acórdão 624/2003, todos do Plenário). Tais circunstâncias excepcionais, cumpre destacar, devem ser avaliadas em cada caso concreto. Isso não significa, porém, o afastamento do diploma federal de licitações e contratos no âmbito da Petrobras, cujo emprego, até o momento, permanece como regra.

(...) a exigência de estimativa de preço detalhado com a composição de custos unitários, prevista no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, não frustra o desempenho da Petrobras em ambiente concorrencial, uma vez que a avaliação orçamentária minuciosa é recomendável em qualquer obra da iniciativa privada, com muito mais razão quando se trata de sociedade de economia mista, onde é inafastável o interesse público.

O art. 173, § 1º, inciso III, in fine, da CF/88 deixa claro que independentemente do que o futuro estatuto das estatais vier a instituir, os princípios da administração pública devem ser respeitados. Com efeito, a ausência de um orçamento preciso afronta os princípios da isonomia e da economicidade, na medida em que a Administração deixa de dispor de instrumento essencial para a escolha da proposta mais economicamente vantajosa."

(Acórdão nº 549/2006 - Plenário)

1.1.2. Legislação infraconstitucional

Lei nº 8.666/93

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre Licitações e Contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

1.1.3. Conceituação

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (...)

Lei nº 8.666/93

Art. 45 (...) § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

1.1.4. Natureza jurídica

Constituição da República

Art. 37 (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...);

1.2. Princípios da licitação

1.2.1. Princípios gerais do processo administrativo

Lei nº 9.784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre ou -tros, aos princípios da legalidade, finalidadade moti-vação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, intresse público e eficiência.

1.2.2. Princípios do processo licitatório

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

1.2.2.1. Da legalidade

Lei nº 8.666/93

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

(...)
§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

1.2.2.2. Da moralidade

Lei nº 8.666/93

Art. 9º *Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação* ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I - o *autor do projeto, básico ou executivo*, pessoa física ou jurídica;
(...)
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.
(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Jurisprudência do TCU

"A irregularidade é grave, pois afronta os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade que devem orientar a atuação da Administração Pública. É patente que há conflito de interesses na situação em que o pai participa de processo licitatório no qual o filho atua como membro da Comissão Permanente de Licitação.

Mesmo que a Lei nº 8.666/1993 não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor atue na CPL, entendo que foi cristalina a intenção do legislador, com as disposições do art. 9º da indigitada Lei, em vedar a prática de conflito de interesses nos certames da Administração."

(*Acórdão nº 1632/2006 - Plenário*)

1.2.2.3. Da igualdade

Constituição da República

Art. 37 (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo de licitação pública* que *assegure igualdade de condições a todos os concorrentes* (...), o qual somente permitirá as *exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*.

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do *princípio constitucional da isonomia* e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (...).

§ 1º É *vedado* aos agentes públicos:

I - *admitir , prever, incluir ou tolerar*, nos atos de convocação, *cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo* e *estabeleçam preferências ou distinções em razão* da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou *de qualquer* outra *circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*;

Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No *julgamento das propostas*, a Comissão levará em consideração os *critérios objetivos* definidos no edital ou convite, os quais *não devem contrariar* as normas e *princípios* estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o *princípio da igualdade entre os licitantes*.

1.2.2.4. Da publicidade

Lei nº 8.666/93

Art. 3º (...)
§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo *públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento* (...).

Lei nº 8.666/93

Art. 61 (...)
Parágrafo único. A *publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial*, que é *condição indispensável para sua efic- ácia*, será providenciada pela administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura (...).

Lei nº 8.666/93

Art. 21. Os *avisos contendo os resumos dos editais* das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, *deverão ser publicados* com antecedência, no mínimo, por uma vez (...).

1.2.2.5. Do sigilo das propostas

LEI Nº 8.666/93

Art. 3º (...)
§ 3º *A licitação não será sigilosa*, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, *salvo quanto ao conteúdo das propostas*, *até a respectiva abertura*.

1.2.2.6. Da vinculação ao instrumento convocatório

LEI Nº 8.666/93

Art. 41. A *Administração* não pode descumprir as normas e condições do *edital*, *ao qual se acha estritamente vinculada*.

LEI Nº 8.666/93

Art. 54 (...)
§ 1º *Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução*, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, *em conformidade com os termos da licitação* e da proposta a que se vinculam.

1.2.2.7. Do julgamento objetivo

LEI Nº 8.666/93

Art. 44. No *julgamento das propostas*, a Comissão levará em consideração os *critérios objetivos definidos no edital ou convite*, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
(...)
Art. 45. *O julgamento das propostas será objetivo*, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite

realizá-lo em *conformidade com* os *tipos de licitação*, os *critérios previamente estabelecidos no ato convocatório* e de acordo com os *fatores exclusivamente nele referidos*, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

1.2.2.8. Da razoabilidade e da proporcionalidade

Constituição da República:

Art. 37 (...)
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...), o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

1.2.2.9. Da adjudicação compulsória

Lei nº 8.666/93

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o *direito à contratação* (...).

Lei nº 8.666/93

Art. 50. *A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas* ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, *sob pena de nulidade*.

Lei nº 10.520/2002

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)
XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, *o adjudicatário será convocado para assinar o contrato* no prazo definido em edital;

Jurisprudência do TCU

"(...) o fato de o objeto de um dado certame ter sido adjudicado a uma empresa não implica em direito subjetivo da mesma em obter a contratação. O direito do adjudicatário é o de ser convocado em primeiro lugar caso a Administração decida celebrá-lo, conforme vastamente pacificado pela jurisprudência e pela doutrina."

(*Acórdão nº 868/2006 - Segunda Câmara*)

1.2.2.10. Da eficiência

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação (...) será processada e julgada em estrita conformidade com os *princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo* (...).

Constituição da República

redação dada pela emenda constitucional nº 19/98

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios de* legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* (...):

Lei nº 8.987/95

Art. 6º Toda *concessão ou permissão* pressupõe a prestação de *serviço adequado* ao pleno atendimento dos usuários (...).
§ 1º *Serviço adequado* é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, *eficiência*, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

1.2.2.11. Do formalismo

Lei nº 8.666/93

Art. 4º (...)
Parágrafo único.O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza *ato administrativo formal*, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Lei nº 8.666/93

Art. 43 (...)
§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, *vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta*.

Decreto nº 5.450/2005

Art. 26 (...)
§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, *o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica*, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

Jurisprudência do STJ

"(...) O ordenamento jurídico regular da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal."

(Mandado de Segurança nº 5.779-DF)

"Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial."

(Mandado de Segurança nº 5.631-DF)

Jurisprudência do TCU

"(...) o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato."

(*Acórdão nº 1758/2003 - Plenário*)

1.2.2.12. Da motivação

Lei nº 9.784/99

Art. 50. *Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos*, quando: (...)
II - *imponham* ou agravem deveres, encargos ou *sanções*;(...)
IV - *dispensem* ou declarem a inexigibilidade de *processo licitatório*;(...)
VIII - *importem* anulação, *revogação*, suspensão ou convalidação *de ato administrativo*.

§ 1º A *motivação* deve ser *explícita*, clara e congruente, podendo consistir em *declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas*, que, neste caso, serão *parte integrante do ato*.

1.3. Dispensa e inexigibilidade de licitação

Constituição da República

Art. 37 (...)
XXI – *ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...);

Lei nº 8.666/93
(Capítulo IV, Seção III - Dos Crimes e das Penas):

Art. 89. *Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei*, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: *Pena-detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa*.
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

1.3.1. Dispensa de licitação

1.3.1.1. Licitação dispensada

Lei nº 8.666/93

Art. 17. A *alienação de bens da Administração Pública*, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
I – quando *imóveis*, dependerá de *autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais*, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de *licitação*

na modalidade de concorrência dispensada esta nos seguintes casos:
a) *dação em pagamento*;
b) *doação*, permitida exclusivamente *para outro órgão ou entidade da Administração Pública*, *de qualquer esfera de governo*; (*ADIN nº 927-3/RS*]
c) *permuta*, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; (*ADIN nº 927-3/RS*]
(...)
e) *venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública*, *de qualquer esfera de governo*;
(...)
II – quando *móveis*, dependerá de avaliação prévia e de *licitação*, *dispensada esta nos seguintes casos*:
a) *doação*, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
b) *permuta*, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; (*ADIN nº 927-3/RS*]
(...)
e) *venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública*, em virtude de *suas finalidades*;
f) *venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública*, *sem utilização previsível* por quem deles dispõe.

Lei nº 8.666/93

Art. 17 (...)
§ 6º Para a *venda de bens móveis avaliados*, isolada ou globalmente, *em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b"*, desta Lei, a Administração poderá permitir o *leilão*.

1.3.1.2. Licitação dispensável

Lei nº 8.666/93

Art. 24. É dispensável a licitação:
I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea 'a', do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea 'a', do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;
(...)
Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo serão *20% (vinte por cento)* para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, *sociedade de economia mista e empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas*.

Jurisprudência do TCU

"No que se refere à despesa com serviços gráficos, a responsável relacionou despesas sem licitação que atingem o montante de R$ 13.736,00 (...). Logo, fica patenteado o descumprimento do art. 24, II, da Lei nº 8.666/1993, que fixa em R$ 8.000,00 o limite de dispensa para compras e outros serviços.

O argumento esposado pela ex-gestora do Coren/PA (Conselho Regional de Enfermagem no Pará], no sentido de que as despesas individuais referentes a cada um dos casos são inferiores ao limite

exigido para contratação por meio de licitação não pode prosperar, visto que a despesa pertinente a cada objeto deve ser considerada no seu todo, embora o objeto seja divisível. O parcelamento não pode conduzir à fuga ao procedimento de licitação.

É pacífico o entendimento desta Corte de Contas (Acórdãos 73/2003 - 2ª Câmara; 66/99 - Plenário) no sentido de que as compras devem ser programadas pelo total para todo o exercício financeiro, observando o princípio da anualidade do orçamento, consoante o estabelecido no art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993. Na situação sob exame constata-se que não houve planejamento adequado das compras, na forma do inciso II do § 7º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993, ensejando o fracionamento da despesa, cujo total superou o limite fixado no art. 24, inciso II, do citado diploma legal."

(*Acórdão nº 3373/2006 – Primeira Câmara*)

"A locação de bens, aí incluídos os de informática, é considerada serviço para os efeitos da Lei 8.666/93. Enquadra-se, portanto, na hipótese prevista no art. 24, inciso II, para o fim de contratação direta, com dispensa de licitação, de valor inferior a 10% (dez por cento) do limite para a modalidade de convite, fixado no art. 23, inciso II, alínea 'a', ou seja, inferior a R$ 8.000,00 (oito mil reais).

A possibilidade da extensão desse limite para 20% (vinte por cento), no caso, R$ 16.000,00, prevista no parágrafo único do art. 24, não alcança de antemão os conselhos profissionais, haja vista que a liberalidade destina-se a compras, obras e serviços efetuados por sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações públicas qualificadas, na forma da lei, como agências executivas.

No caso concreto, a locação de dez microcomputadores somou R$ 16.471,64 (período de janeiro a setembro de 2001].

A deliberação do Plenário do Confea (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia], que indevidamente aprovara o limite de dispensa de licitação de 20%, ao contrário do que sugere o responsável, não deu causa à irregularidade praticada, uma vez que a referida orientação colegiada foi proferida em dezembro de 2002, ao menos seis meses após a locação dos computadores."

(Acórdão nº 1386/2005 - Plenário)

Lei nº 8.666/93

Art. 24 (...)
IV – nos *casos de emergência ou de calamidade pública*, quando caracterizada *urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares*, e somente para os *bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa* e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no *prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos*, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, *vedada a prorrogação dos respectivos contratos*;

Lei nº 8.666/93

Art. 57. A *duração dos contratos* regidos por esta Lei ficará *adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários* (...).
§ 1º Os *prazos* de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega *admitem prorrogação*, mantidas as demais cláusulas do contrato e *assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro*, desde que ocorra algum dos *seguintes motivos*, devidamente autuados em processo: (...)
II - *superveniência de fato excepcional ou imprevisível*, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

Jurisprudência do TCU

"(...) responder ao ilustre Consulente (Ministro de Estado dos Transportes], quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei

nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;”

(Decisão nº 347/1994 - Plenário)

“A dispensa de licitação baseada em emergência só é admitida se o gestor demonstrar que o fato não poderia ter sido previsto e que a falta de adoção de medidas urgentes poderia ocasionar maiores danos à Administração Pública. Se a situação fática exigir a dispensa, mesmo considerando a falta de planejamento, não pode o gestor deixar de adotá-la, pois se assim proceder responderá não apenas pela falta de planejamento, mas também pelos possíveis danos que sua inércia possa causar.”

(Acórdão nº 2293/2005 - Plenário)

“1. conhecer da consulta formulada pelo Exmo. Sr. Prefeito da Cidade do Recife, ante a relevância do tema, e por se tratar de questionamento que apresenta, em tese, utilidade para os diversos entes federados;

2. responder ao interessado que é possível, quando da dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade, consoante o disposto no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o retardamento do início e a devolução da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta)

dias, desde que as ações tomadas pela Administração tenham sido prejudicadas pela superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, da mencionada Lei, devendo ser adequadamente fundamentado, levando em conta, inclusive, as determinações contidas na Decisão nº 347/94-TCU-Plenário;"

(Decisão nº 820/1996 - Plenário)

"9.4. autorizar, em caráter excepcional e com fundamento no interesse público, a SPOA/MDIC (Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior] a realizar a contratação emergencial da prestação de serviços de informática no âmbito do Ministério em vista da expiração do Contrato 43/2004, devendo ser observados os seguintes preceitos nessa nova contratação:

9.4.1. somente poderão ser contratados os serviços imprescindíveis à execução das atividades essenciais ao funcionamento do Ministério, devendo a contratação emergencial subdividir-se nas mesmas modalida-des de serviço que serão objeto da licitação para a contratação definitiva;

9.4.2. a imprescindibilidade dos serviços e a essencialidade das atividades devem estar expressamente demonstradas e justificadas no respectivo processo;

9.4.3. a contratação somente poderá vigorar pelo tempo necessário para se concluir as novas licitações dos serviços de informática a serem promovidas em substituição à Concorrência 01/2005, não podendo ultrapassar o prazo previsto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93;

9.4.4. à medida em que forem firmados os novos contratos, deverá ser encerrada a respectiva prestação de serviços exercida no âmbito do contrato emergencial;

9.4.5. deverão ser observadas as disposições relativas às contratações emergenciais, em especial aquelas contidas no art. 26 da Lei 8.666/93 (...);"

(Acórdão nº 667/2005 - Plenário)

Lei nº 8.666/93

Art. 24 (...)

V – quando *não acudirem interessados à licitação anterior* e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, *mantidas*, neste caso, *todas as condições preestabelecidas*;

Jurisprudência do TCU

"8.1. determinar ao Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO - que: (...)

8.1.10. providencie para que, nas contratações efetuadas com dispensa de licitação amparada no inciso V do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, seja rigorosamente cumprida a exigência legal de manter-se, nos casos de contratação direta com base naquele dispositivo, todas as condições exigidas na licitação fracassada, em especial quanto aos requisitos para a habilitação dos licitantes;"

(Decisão nº 56/2000 - Segunda Câmara)

Lei nº 8.666/93

Art. 24 (...)

VII – quando as *propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional*, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, *observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei* e, *persistindo a situação*, será *admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços*, por *valor não superior* ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Lei nº 8.666/93

Art. 48 (...)

§ 3º *Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas*, a Administração poderá fixar aos licitantes o *prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas* escoimadas das causas referidas
neste artigo facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

Jurisprudência do TCU

"9.2 determinar ao Banco do Brasil S/A, no âmbito das licitações e contratações vindouras, que exija da empresa contratada por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93, a comprovação das condições de habilitação e da proposta estipuladas no edital da licitação precedente à qual a contratação direta se vincula, salvo motivo devidamente comprovado;"

(Acórdão nº 1315/2004 - Plenário)

Lei nº 8.666/93

Art. 24 (...)

XIII – na *contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional*, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que *a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional* e *não tenha fins lucrativos*;

Súmula TCU nº 250

A *contratação de instituição sem fins lucrativos*, com *dispensa de licitação*, com fulcro no *art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93*, somente é admitida nas hipóteses em que houver *nexo efetivo*

entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a *compatibilidade com os preços de mercado.*

Jurisprudência do TCU

"A contratação direta de instituição brasileira, sem fins lucrativos, dedicada ao ensino, à pesquisa e ao desenvolvimento institucional, com fulcro no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 vem sendo discutida já há alguns anos pelo Tribunal. Desde a Decisão 346/1999 - Plenário, ficou assentado o entendimento do TCU no sentido de que somente é permitida a contratação com dispensa de licitação com fulcro no referido dispositivo quanto houver nexo entre o disposto no inciso XIII, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, além de comprovada razoabilidade de preços.

Isto é, não basta que a entidade a ser contratada dedique-se, estatutariamente, ao ensino, à pesquisa ou ao desenvolvimento institucional. É imprescindível que o objeto do contrato seja, também, ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, sob pena de se conceder privilégio indevido a instituições que, embora sem fins lucrativos, se dedicam a atividades de natureza econômica, o que tornaria o dispositivo da lei inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia e os da atividade econômica."

(*Acórdão nº 1614/2003 - Plenário*)

"(...) a principal ocorrência destes autos diz respeito à contratação direta da Fundação Universidade de Brasília - FUB (pela Fundação Cultural Palmares - FCP] para a prestação de serviços técnicos com vistas à obtenção de diagnóstico da realidade socioeconômica e cultural das 150 comunidades remanescentes de quilombos envolvidas no Programa Fome Zero e do levantamento da situação fundiária das terras de três dessas comunidades, com amparo no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993.

No caso em apreço, percebe-se que dentre os serviços prestados no âmbito do Contrato nº 6/2003 - firmado em decorrência da Dispensa de Licitação nº 36/2003 - há atividades como a organização

das oficinas, registro fotográfico, produção de vídeo e DVD e pagamento de passagens que são passíveis de serem contratadas pela via licitatória, conforme bem consignou a unidade técnica, e não se enquadram nos serviços contemplados no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, pois não podem ser classificadas como atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional."

(*Acórdão nº 1945/2006 - Plenário*)

"No caso em tela, resta claro que as contratações tanto da FGV (Fundação Getúlio Vargas] quanto da FUNDEP (Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa] visaram à prestação de serviços de informática (...).

Com efeito, apesar da magnitude dos programas de assistência social prestados pelo MPAS (Ministério da Previdência e Assistência Social] e outros órgãos e do fato de se tratarem de ações constitucionalmente previstas (proteção ao deficiente, idoso e à saúde), o objeto da avença foi apenas instrumento para se atingir o aprimoramento da gestão dos programas sociais e não um serviço de alta complexidade que se envolvesse na essência das atividades-fim do MPAS.

Assim, percebe-se da leitura dos termos contratuais firmados com FGV e FUNDEP que a natureza do objeto contratado era a seguinte: no caso da primeira entidade, 'serviços de consultoria na implantação de suporte tecnológico para análise e tratamento de dados para a gestão, monitoramento e avaliação das ações de assistência social (...)'; e na última, 'consultoria para elaboração do projeto de um web portal de serviços previdenciários e assistenciais com acesso dos segurados e servidores do MPAS e do INSS pela internet e intranet (...)'.

No caso do contrato com a FUNDEP, a caracterização da consultoria como mero serviço de informática está mais evidente; no entanto, o mesmo raciocínio aplica-se ao contrato com a FGV, até porque o próprio recorrente engloba as duas entidades em sua defesa conjunta de ambos os contratos. Destarte, a FGV prestaria consultoria dando suporte tecnológico para a execução das ações sociais e não avaliando as políticas de gestão propriamente ditas e a elas associadas."

(Acórdão nº 812/2005 - Plenário)

"9.1. determinar às Instituições Federais de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica que observem, quando das contratações por dispensa de licitação com base no art. 1º da Lei nº 8.958/1994, os seguintes quesitos:

9.1.1. a instituição contratada deve ter sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico;

9.1.2. o objeto do contrato deve estar diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional;

9.1.3. a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades;

9.1.4. o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico;

9.1.5. os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da insti-tuição beneficiada;

9.1.6. a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial."

(Acórdão nº 1516/2005 - Plenário)

"A obrigação de licitar, por parte da Fundação de Apoio, decorre da lei específica que regula as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e as respectivas fundações de apoio (Lei 8.958/94). Independentemente da natureza jurídica de direito privado das fundações de apoio, a mencionada lei, talvez prevendo o eventual uso indevido da intermediação de tais entidades em contratações de obras, compras e

serviços, sem que para isso fosse realizado o devido procedimento licitatório, determinou a observância à Lei 8.666/93.

(...) Vê-se, portanto, que a obrigatoriedade de licitar por parte da Fade decorre unicamente da disposição legal específica estabelecida pela Lei 8.958/94 (art. 3º, inciso I) e limitada aos casos em que se relacione com instituições de ensino superior ou de pesquisa científica na execução de convênios, contratos, acordos ou ajustes com essas instituições (art. 3º, caput).

Uma questão que poderia ser argüida, eventualmente, seria acerca da amplitude ou extensão de aplicabilidade da Lei de Licitações à Fundação de Apoio. Nesse sentido, perguntar-se-ia qual seria o entendimento possível quanto à determinação legal de 'observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública'?

Entendo que a interpretação não pode ser outra senão a de submissão, no que couber, aos seus termos. Digo no que couber porque, sendo entidade de natureza privada, não é possível o exercício de todas as prerrogativas existentes na Lei 8.666/93, dada a natureza dessas prerrogativas, as quais somente torna possível o exercício delas por entes públicos. Mais especificamente, refiro-me a disposições tais como a aplicação de multas, rescisão unilateral dos contratos e declaração de inidoneidade de licitantes."

(Acórdão nº 371/2005 - Plenário)

"9.2. atribuir aos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 1070/2003 – Plenário a seguinte redação:

'9.2. firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93;

9.3. arquivar os presentes autos;'

9.3. recomendar à Presidência de República, tendo em vista a competência prevista no art. 84, inciso IV, da CF/88, que proceda à regulamentação do art. 116 da Lei 8.666/93, estabelecendo, em especial, as disposições da Lei de Licitações que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou

outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos;"

(Acórdão nº 353/2005 – Plenário)

"A equipe de auditoria aponta ilegitimidade da Lei nº 9.790/99 por não prever a submissão das Oscips (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público] à Lei nº 8.666/93. Os dirigentes da unidade técnica propõem que o Tribunal firme o entendimento de que o regulamento a que se refere o art. 14 da Lei nº 9.790/99 deve observar as normas do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Dispõe o art. 14 da Lei que *'a organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei'*. Por sua vez, o art. 4º, inc. I, exige a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

(...) assinalo que o dispositivo é compatível com o objetivo de conferir maior grau de liberdade às entidades privadas que celebrarem Termo de Parceria com o Poder Público. Não haveria sentido, portanto, exigir das entidades a estrita observância de todos os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos. A obediência aos princípios gerais da Administração Pública é o que basta.

(...) a Lei nº 9.790/99 é especial em relação à Lei das Licitações e Contratos Administrativos, e deve prevalecer, segundo entendo, em relação a esta última.

Portanto, no caso das Oscips, foi a Lei nº 9.790/99 que, acertada e legitimamente, determinou que tais entidades não estariam sujeitas aos ditames da Lei nº 8.666/93, mas sim aos seus regulamentos próprios, que deverão observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência."

(Acórdão nº 1777/2005 - Plenário)

Lei nº 8.666/93

Art. 24 (...)
VIII – para a *aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno*, de bens produzidos ou serviços prestados por *órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico* em data anterior à vigência desta Lei, desde que o *preço contratado seja compatível com o praticado no mercado*;

Lei nº 8.666/93

Art. 24 (...)
XVI – para a *impressão dos diários oficiais*, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para *prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno*, por *órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública*, *criados para esse fim específico*;

Constituição da República

Art. 173 (...)
§ 1º A *lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica* de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)
II - a *sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas*, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Constituição da República

Art. 170. A *ordem econômica*, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim asse-

gurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes *princípios*: (...)
IV - *livre concorrência*;

Jurisprudência do TCU

"Representação (...) acerca da contratação indevida, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, da Companhia de Desenvolvimento do Planalto Central - Codeplan (...), por dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XVI, da Lei nº 8.666/1993, para obtenção de licenças de uso de softwares, os quais vieram a ser fornecidos pela empresa Computers Associates do Brasil Ltda., estranha ao procedimento licitatório.

(...) o legislador erigiu como condição indispensável para o correto emprego do permissivo legal que o contratado, integrante da Administração Pública, tenha sido constituído com fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante.

Para a prestação de serviços de informática, deve a contratada, para a satisfação desse requisito, ter sido criada com esse propósito. Normalmente, são entidades criadas para prestar auxílio à esfera de governo à qual estão vinculadas, desenvolvendo sistemas e modelos, administrando base de dados, promovendo o processamento eletrônico de dados, entre outras atividades do gênero. Para tanto, devem contar com quadro de especialistas em áreas específicas de informática, buscando satisfazer as necessidades da Administração.

Assentadas essas balizas, caso o objeto almejado pela Administração circunscreva-se ao campo de atuação dessas entidades governamentais, demarcado pelo exercício das atividades para as quais foi criada, mostra-se admissível a contratação direta dessas prestadoras de serviço.

(...) se é vedada a contratação direta de uma empresa privada que, por exemplo, produziu determinado software, havendo similares no mercado, não faz sentido algum contratar, com dispensa de licitação, para o fornecimento do mesmo serviço - licença de uso daquele software - uma prestadora de serviço integrante da Administração Pública, pelo simples fato de ela ter previamente

celebrado um contrato com aquela empresa, que lhe forneceu a licença de uso e de comercialização do software.

Nessa hipótese, observa-se claramente que a entidade pública contratada nada desenvolve, nem cria solução alguma para o contratante. Em essência, apenas comercializa o que foi concebido por outro. Sua atividade, *in concreto*, não seria mais estritamente consentânea com o motivo pelo qual foi criada, desatendendo assim o indispensável requisito estabelecido pelo legislador para o enquadramento na situação prevista no inciso XVI do art. 24 da Lei n. 8.666/1993.

É de recordar que uma instituição criada com o fim específico de prestar serviços de informática deve, por coerência, desenvolver produtos, sistemas e projetos na área de informática, e não intermediar produtos e serviços concebidos por outros.

A atuação de tais entes nos termos aqui delineados subverteria, portanto, o propósito para o qual eles foram criados e também a razão do comentado permissivo da Lei de Licitações. Esses órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública, a que se refere o dispositivo em foco, poderiam se transformar em meros revendedores de soluções adquiridas de terceiros, sem benefício algum para o órgão público contratante, que acaba por pagar o 'plus' da intermediação."

(Acórdão nº 720/2004 – Plenário)

"(...) diante da necessidade de viabilizar o suporte de informática a novo programa instituído pelo governo atual, veio o Ministério do Trabalho e Emprego a firmar o Contrato Administrativo 22/2004 com a Cobra Tecnologia S.A., com dispensa de licitação fundamentada no inc. XVI do art. 24 da Lei 8.666/93, para 'a prestação de serviços técnicos especializados em Tecnologia da Informação, voltados à operacionalização do sistema aplicativo do Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE', ajuste que é o objeto da presente representação.

(...) constatou-se não proceder a fundamentação legal adotada para a contratação da empresa Cobra por dispensa de licitação.

As previsões de dispensa de licitação constantes dos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei 8.666/93 não se referem às entidades que

desenvolvam atividade econômica, mas tão-somente às prestadoras de serviço público (...).

O requisito legal, contudo, não se resume a esse ponto. Além de serem prestadoras de serviço público, as entidades, para poderem enquadrar-se no inciso XVI do art. 24 da Lei 8.666/93, deverão haver sido originariamente instituídas com o objetivo de prestar os serviços objeto de contratação para a Administração Pública direta da mesma esfera de governo (...).

Ora, a empresa Cobra não atende a nenhum desses requisitos. De um lado, em função de ser entidade que desenvolve atividade econômica, que deve sujeitar-se à disciplina do § 1º do art. 173 da CF/88, não podendo, por conseguinte, contar com privilégios em contratações governamentais. De outro, por não haver sido originalmente instituída com o fim específico de prestar serviços à Administração Pública. Quanto a este último aspecto, aliás, cabe observar que, do registro da empresa Cobra Tecnologia S.A. na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro consta haver sido ela criada com o objetivo de 'desenvolver, fabricar, comercializar, alugar, integrar, importar e exportar equipamentos e sistemas de eletrônica digital, periféricos, programas e produtos associados, insumos e suprimentos, bem como prestar serviços afins', podendo 'celebrar contratos e convênios com empresas nacionais e estrangeiras, bem como participar do capital de outras empresas'."

(*Acórdão nº 615/2005 - Plenário*)

1.3.2. inexigibilidade de licitação

Lei nº 8.666/93

Art. 25. É *inexigível a licitação* quando houver *inviabilidade de competição*, *em especial*:

I – para *aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo*, *vedada* a *preferência de marca*, devendo a *comprovação de exclusividade* ser feita através de *atestado* fornecido pelo *órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a*

obra ou o serviço, pelo *Sindicato, Federação ou Confederação Patronal*, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Lei nº 8.666/93

Art. 20. As *licitações* serão *efetuadas no local onde se situar a repartição interessada*, *salvo motivo de interesse público*, devidamente justificado.

Jurisprudência do TCU

"9.2. determinar à Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen) que: (...)

9.2.4. abstenha-se de realizar contratação direta de serviços com base no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/1993, o qual se aplica somente a aquisições de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;"

(*Acórdão nº 827/2007 - Plenário*)

"(...) o atestado apresentado, fornecido pelo próprio fabricante, não é instrumento hábil para comprovar a condição de exclusividade para a prestação dos serviços, como se verifica da pacífica jurisprudência desta Corte (...)."

(Acórdão nº 723/2005 - Plenário)

"(...) é evidente que a intenção do inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93 não é a de que as entidades ali referidas - Sindicato, Federação e Confederação Patronal - limitem-se a, passivamente, reproduzir informações prestadas por representantes comerciais ou fabricantes. Fosse assim, a lei teria, no citado inciso I, estabelecido que a comprovação de exclusividade seria realizada por meio de atestado fornecido pelos fabricantes e representantes."

(Acórdão nº 200/2003 – Segunda Câmara)

"8.2. determinar à DAMF/DF (Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal] que:

8.2.1. quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93), adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa, medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante;"

(Decisão nº 578/2002 - Plenário)

"Tratam os autos de Representação formulada pela empresa NT Soluções e Serviços Ltda., com pedido de concessão de medida cautelar, sobre supostas irregularidades na contratação, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), da empresa Link-Data Informática e Serviços Ltda., por inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 25 da Lei n. 8.666/1993.

O Contrato nº 75/2005 foi firmado com a referida empresa, tendo por objeto a prestação de serviço de atualização da versão do sistema Automation System of Inventory (ASI) para tecnologia WEB, contemplando a implantação de novas funcionalidades para os módulos integrados de gestão, compras, almoxarifado e patrimônio, incluindo a manutenção do sistema, suporte técnico, treinamento e recadastramento de dados, no valor de R$ 1.299.260,00 (um milhão, duzentos e noventa e nove mil e duzentos e sessenta reais).

Resumindo os argumentos ofertados pela representante na peça vestibular, tem-se que: (...)

c) a contratação não poderia ter ocorrido por inexigibilidade de licitação, pois existiriam outras firmas no mercado capazes de oferecer produto com as características do ASI, fornecido pela Link-Data.

(...) constata-se que o TSE contratou o fornecimento de um sistema estruturado em uma arquitetura de informação proprietária, demandando para seu funcionamento apenas a tecnologia detida pela Link Data, fato que levou o TSE a ser dependente desse siste-

ma, sem qualquer possibilidade de realizar processo licitatório para a aquisição dos serviços de manutenção e agregação de novas funcionalidades, situação rechaçada pela representante.

Além disso, verificam-se duas ocorrências na contratação que suscitam dúvidas sobre a sua conformidade. Primeiro, a justificativa de preços se baseou em valores praticados pela própria empresa junto a outros órgãos da administração e não em preços de mercado. Segundo, desde a contratação inicial, a Link Data tem se apoiado em carta de exclusividade concedida pela Associação das Empresas Brasileiras de Softwares e Serviços de Informática - Assepro para o fornecimento e implantação do software ASI, o que não comprova a inviabilidade de competição para fornecimento desses bens e serviços.

(...) Cabe ressaltar, contudo, que a contratação da Link-Data, por inexigibilidade de licitação, para o fornecimento do ASI, ocorreu no ano de 1998 (Contrato nº 072/1998). Assim, deve ficar claro que o mercado de informática, devido ao seu grande dinamismo, apresenta grande evolução na oferta de produtos ligados à informatização, motivo pelo qual é pouco crível que nenhuma outra firma tivesse condições de oferecer um software de gerenciamento de inventário, como é o ASI.

Há notícia no TC 014.001/2004-2, que também cuida de Representação da firma NT Soluções e Serviços Ltda. contra contratação da Link-Data, por parte da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da Republica (Seap/PR), de que, em outubro de 2005, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região realizou licitação para a contratação de empresa para fornecer sistema de informática em que a Link-Data teria participado com proposta de oferecer o mesmo ASI, tendo sido classificada em terceiro lugar.

O fato acima descrito demonstra a existência de outras empresas no mercado capazes de fornecer sistemas similares ao ASI. A par dessa constatação, é de se notar que, conforme descrito pelo analista da 3ª Secex, os certificados de exclusividade apresentados pela Link-Data não possuem o condão de comprovar a inviabilidade de competição.

Vê-se, portanto, que este Tribunal já possui entendimento de que a contratação dos serviços abarcados pelo ASI deve ocorrer mediante certame e não amparada em inexigibilidade de licitação.

Nesse compasso, e tendo em vista que o TSE não é detentor dos códigos fontes do ASI, é pertinente a proposta da unidade técnica de se determinar àquela Corte eleitoral que adote providências com vistas a obter da empresa Link-Data o domínio da tecnologia capaz de possibilitar a absorção de novos sistemas oferecidos por outras empresas, ao ASI, de modo a viabilizar a realização de procedimento licitatório e com vistas a que a Administração não seja refém de apenas uma firma para o fornecimento de sistema de informática."

(Acórdão nº 235/2007 - Plenário)

"(...) a Transpetro (Petrobras Transporte S.A.) realizou contratação direta da empresa Documentum Consultoria de Informática do Brasil Ltda., por meio do Contrato nº 4600002293, com fulcro no item 2.3, alínea 'd', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998, sob a alegação de que seria inexigível a licitação para obtenção de licenciamento de uso de software com detentor de sua titularidade autoral, sem distribuidores, representantes comerciais, ou com um destes na hipótese de exclusividade, comprovada pela Certidão nº 031027/6815 emitida pela Associação Brasileira das Empresas de Software - ABES, certificando *'que a empresa DOCUMENTUM CONSULTORIA DE INFORMÁTICA DO BRASIL LTDA é a única representante no Brasil da empresa Documentum Inc., autorizada a comercializar para a PETROBRAS e suas subsidiárias os programas para computador da família ECM (...)'.*

(...) a questão é o fato de a aludida certidão de exclusividade ter sido feita apenas para as negociações feitas com o grupo Petrobras, o que causa estranheza à equipe e deve, inclusive, ser motivo de comunicação à Secretaria de Defesa Econômica - SDE para análise da legalidade de tal procedimento, tendo em vista que estaria configurada reserva de mercado, bem como estaria ferindo o princípio da livre concorrência, o que seria ilegal, ilegítimo e imoral, em se tratando de contratação com ente da administração pública.

(...) Como a aludida certidão trata exclusivamente de contratações feitas com a Petrobras na aquisição do referido software, pode-se inferir que, se outras empresas nacionais de grande porte, como a Petrobras, desejassem adquirir o aludido programa, poderiam contratar com os outros revendedores, tais como a Xerox, Promon ou Selens, havendo nesse caso competição na disponibilização das licenças dos produtos.

Caso a afirmação do gestor fosse considerada procedente, a certidão de exclusividade deveria mencionar que a empresa Documentum Brasil era a única apta a fornecer a licença do aludido software e não como a única apta a comercializar com a Petrobras e suas subsidiárias, como ocorrido.

(...) a exclusividade a que a aludida certidão se refere está relacionada ao contratante do produto e não ao fato de ser comercializado o software com a possibilidade de haver mais ou menos direitos de licença relacionados, sendo, portanto, irrelevante se tratar de revendedores ou representantes, principalmente, se imaginar que apenas o grupo Petrobras fosse comprar o software com licença plena, e não outras do mesmo porte dessa.

No Acórdão nº 550/2004-TCU-Plenário, ficou consignado que a inexigibilidade de procedimento licitatório, por existência de fornecedor exclusivo, exige para a comprovação da exclusividade aduzida, atestado fornecido pela Junta Comercial local, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes, não sendo válida a apresentação de certidão da Associação Brasileira das Empresas de Software - ABES, vez que está restrita à aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

(...) Quanto à contratação direta ilegal, por inexigibilidade de licitação, da Documentum Consultoria de Informática do Brasil Ltda., utilizando certidão de exclusividade que não atende aos requisitos legais, haja vista que havia no mercado outras empresas aptas a comercializar os softwares da família ECM - que resultou a proposta de audiência dos Srs. Aluísio Teles Ferreira Filho, Gerente-Geral do Suporte/DT, e Richard Ward, Gerente-geral do Suporte/DT, divirjo da proposta da 1ª Secex.

O núcleo da questão posta pela fiscalização é o cumprimento ao disposto no art. 25, item 23, alíneas 'd' do Decreto nº 2.745/98, pelo

atestado apresentado pela empresa Documentum e a validade de do referido atestado (...).

Os atestados apresentados pela empresa Documentum Consultoria de Informática do Brasil Ltda., emitidos pela Associação Brasileira de Empresas de Software, afirmam que é a referida empresa a única representante no Brasil da empresa Documentum Inc., autorizada a comercializar para a PETROBRAS e suas subsidiárias.

Penso que não é razoável exigir-se do gestor, à luz de um atestado de exclusividade de comercialização, emitido pelo Sindicato idôneo para fazê-lo, que simplesmente o desconsidere. Por essa razão, divergindo da unidade técnica, acolho as justificativas apresentadas pelos responsáveis, sem prejuízo de encaminhamento de cópia da documentação pertinente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça para que avalie o ato de concentração econômica em questão."

(Acórdão nº 211/2007 - Segunda Câmara)

"(...) deve-se conhecer da presente representação, cuja questão central é a contratação direta realizada pelo BNB (Banco do Nordeste do Brasil S/A], por inexigibilidade de licitação, da empresa Cobra Tecnologia S.A., para fornecimento do que o contratante denominou de 'solução global e integradora' com vistas à modernização tecnológica da plataforma de hardware e software da empresa, celebrada nos termos do Contrato nº 2004/229, pelo valor total de R$ 129.933.243,00 (...), alegando-se inviabilidade de competição.

(...) Para justificar a inviabilidade de competição, a empresa alega a inconveniência da exposição de suas fragilidades na área de TI, inevitável, segundo ela, em uma licitação para contratar os serviços na forma da 'solução global' adotada, que sujeitaria o BNB 'a situação de elevado risco de dano, inclusive de imagem'.

(...) os autos indicam que a alta administração do BNB, tendo decidido pela contratação direta da Cobra, aproveitou-se da condição de sigilo que envolve os negócios de uma instituição financeira e dos atrasos tecnológicos da empresa decorrentes do mau gerenciamento da sua área de TI, também de responsabilidade da própria direção do Banco, para fortalecer a falsa premissa de que a realização de uma licitação revelaria, necessariamente, as fraquezas e fragilidades de seus sistemas de informação, com possibilidade de

risco à sua imagem. Tais elementos, aliados a uma mal explicada 'solução global e integradora', cuja imprescindibilidade também não ficou demonstrada, justificariam o recurso à inexigibilidade de licitação prevista no *caput* do art. 25 da Lei das Licitações, já que a adoção do certame para a contratação não conduziria à solução mais vantajosa para a instituição.

(...) no subitem 9.1.3 do Acórdão n. 2.094/2004-Plenário, o Tribunal fixou entendimento de que a inexigibilidade de licitação para a prestação de serviços de informática somente é admitida quando guardar relação com os serviços discriminados no art. 13 da Lei nº 8.666/93 ou quando se referir à manutenção de sistema ou software em que o prestador do serviço detenha os direitos de propriedade intelectual, situação esta que deve estar devidamente comprovada, nos termos do inciso I do art. 25 da referida norma legal.

(...) a existência de licitações para a contratação de serviços nas áreas de TI, realizadas por instituições financeiras fiscalizadas pelo Tribunal, algumas de bem maior porte que o BNB, a exemplo da Caixa Econômica Federal, para suprir deficiências graves de seus sistemas de informação, comprovam a desnecessidade de revelação desses elementos em certames licitatórios. Além disso, já mencionei no despacho que suspendeu cautelarmente a execução de parte do contrato, que, de regra, contratações vêm mesmo no bojo de deficiências e fragilidades existentes, que, em maior ou menor grau, obrigam a modernização ou aprimoramento de métodos, sistemas e equipamentos de uma instituição, podendo-se até dizer que não se vislumbra algum órgão ou entidade pública ou privada que não as possua, o que não quer dizer que tenham de ser reveladas nas licitações.

(...) parece-me contra-senso o projeto básico falar em afinidade do BNB com a Cobra, em virtude da natureza pública dessa, para fortalecer a tese da singularidade da contratação, quando este Tribunal já decidiu que a empresa deve participar de licitação para oferecer seus serviços à Administração Pública, à exceção do Banco do Brasil, não servindo o art. 24, inciso XVI, da Lei das Licitações para a dispensa do certame na sua contratação (ver Acórdão nº 314/2001-Plenário). Tal posição, frise-se, decorre do entendimento de que as empresas integrantes da Administração Pública que prestam serviços também a particulares, como é o

caso da Cobra, enquadram-se como entidades exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e submetem-se, portanto, a regime jurídico semelhante ao das empresas privadas, não podendo beneficiarem-se da dispensa prevista no art. 24. Dessa forma, a utilização desse argumento como critério de seleção da Cobra na contratação direta constitui burla às exigências da Lei, ainda que, de qualquer maneira, por não ser sujeito de direito público interno, o BNB sequer pudesse aproveitar-se do referido dispositivo legal para a contratação direta de empresa de natureza pública como a Cobra."

(Acórdão nº 648/2007 - Plenário)

Lei nº 8.666/93

Art. 25. É *inexigível a licitação* quando houver *inviabilidade de competição*, *em especial*: (...)

II – para a *contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei*, de *natureza singular*, com *profissionais ou empresas de notória especialização*, *vedada a inexigibilidade para prestação de serviços de publicidade* e divulgação;

(...)

§ 1º Considera-se de *notória especialização* o *profissional ou empresa* cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que *o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*.

Lei nº 8.666/93

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se *serviços técnicos profissionais especializados* os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e *projetos básicos ou executivos*;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - *assessorias ou consultorias técnicas* e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Jurisprudência do TCU

"Consoante tese amplamente aceita na doutrina, assim como na jurisprudência deste Tribunal, a inexigibilidade de licitação, então prevista no art. 23, inciso II, do revogado Decreto-lei 2.300/86, e atualmente tratada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, somente se configura quando há simultaneamente a presença de três elementos, quais sejam, o serviço profissional especializado, a notória especialização do profissional ou empresa e a natureza singular do serviço a ser contratado."

(Decisão nº 205/1996 - Plenário)

"8.2. firmar o entendimento de que a inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 sujeita-se à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto - ante as características peculiares das necessidades da Administração, aliadas ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador - inviabiliza a competição no caso concreto, não sendo possível a contratação direta por inexigibilidade de licitação sem a observância do caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93;"

(Decisão nº 427/1999 - Plenário)

"Trago ao conhecimento deste Plenário o Relatório de Auditoria realizada pela 2ª SECEX no Banco Central do Brasil, tendo por finalidade a verificação dos procedimentos levados a cabo pela

entidade com vistas a precaver-se de possíveis conseqüências, em seus sistemas informatizados, dos efeitos do dito Bug do Milênio (...).

De fato, os serviços de adaptação dos sistemas do Banco Central do Brasil não se inserem entre os serviços técnicos especializados elencados no art. 13 do Estatuto Licitatório. Esta circunstância, em princípio, vulnera a configuração de hipótese de inexigibilidade de licitação, sob a égide do inciso II do art. 25 do Estatuto, que junge a inexigibilidade ao enquadramento dos serviços no aludido rol de seu art. 13.

Amplamente debatida em sede de doutrina e jurisprudência, a questão de ser a enumeração dos referidos serviços técnicos especializados exaustiva ou meramente exemplificativa, como sustentado em correntes diversas, se me afigura secundária na hipótese dos autos.

Justifico tal assertiva em face da natureza extraordinária e inédita da contratação sob exame, máxime ao termos em conta todo o risco subjacente ao malogro dos resultados pretendidos, tal como sobejamente delineado pelos responsáveis em suas razões de justificativa.

Assim, considerando a inequívoca necessidade de minimização extrema dos riscos envolvidos, bem como toda a dissensão jurisprudencial e doutrinária que envolve a abrangência do art. 13 da Lei nº 8.666/93, entendo que, por imperativo de bom senso, a natureza singular dos serviços em tela, assim como a notória especialização da contratada, deva sobrepor-se à restrição do âmbito de aplicação do inciso II do art. 25 daquela Lei, para efeitos de justificar a inexigibilidade de licitação na contratação da IBM."

(Acórdão nº 298/2005 - Plenário)

"Examina-se Representação formulada (...) contra possíveis irregularidades constatadas no Contrato nº 40/2004, (...) celebrado entre o Ministério da Previdência Social – MPS e o Instituto Virtual de Estudos Avançados – VIAS, no valor de R$ 19.998.357,10, com a finalidade de elaborar projeto de pesquisa e desenvolvimento de um sistema integrado, utilizando gestão do conhecimento com inteligência artificial, para implantação da metodologia de gerenciamento de riscos da Previdência Social.

(...) a questão da singularidade do objeto contratado é o segundo ponto que está a merecer reflexão do Plenário, pois, no meu entender, afigura-se paradoxal concluir que o produto final do contrato seja singular, negando, ao mesmo tempo, essa característica aos serviços que levaram à sua produção. Com efeito, a unidade técnica deste Tribunal, embora reconheça que a metodologia desenvolvida pelo MPS seja inédita e singular, considera, de forma para mim antagônica, que os serviços realizados pe- lo Instituto VIAS resumem-se a converter esse 'arcabouço teórico' em um sistema de informática, viabilizando, assim, sua execução prática.

Ora, só a existência desse 'arcabouço teórico', tido por inédito e singular, faz presumir que sua conversão em sistema informatizado exija uma expertise a mais para sua produção, diferenciando, assim, de um simples sistema de informática.

(...) nem todas as tarefas realizadas na consecução de determinado produto revestem-se de singularidade, mas se o produto final detiver tal atributo, exigirá que parte substancial dos trabalhos sejam singulares.

(...) embora possam existir 'diversas outras empresas igualmente aptas à realização do objeto', conforme afirma a unidade técnica, julgo que não se possa daí fazer generalizações, afirmando-se, de forma peremptória, que todas as contratações referentes à implantação da metodologia de gerenciamento de riscos comportem a realização de licitação, especialmente quando não há regramento específico na legislação e o tema não se encontra sedimentado no âmbito desta Corte.

É o caso concreto que vai informar quanto à necessidade ou não de realização de licitação, tendo em conta as circunstâncias de cada situação e o objeto a ser executado, sendo sob tal enfoque que o tema deva ser analisado.

(...) o fato de existir outras empresas capazes de elaborar projetos na área de desenvolvimento de sistema integrado, utilizando gestão do conhecimento com inteligência artificial, para implantação da metodologia de gerenciamento de riscos, não conduz à conclusão de que o objeto não seja singular. Aliás, novamente buscando socorro na doutrina de Marçal Justen Filho, há que se ter

em mente que 'singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo'.

Na espécie, vejo que a dimensão dos números que envolve a Previdência Social, como a quantidade de benefícios, o montante de recursos, processos e rotinas administrativas desenvolvidas, tornou a implementação da metodologia de gerenciamento de riscos algo que, ao mesmo tempo, era grandioso e particular.

Assim, entendo que essas características do objeto pactuado justificaram a contratação direta do Instituto VIAS (...)."

(Acórdão nº 1630/2006 - Plenário)

Lei nº 8.666/93

Art. 26 As *dispensas* previstas (...) no *inciso III e seguintes do art. 24*, as *situações de inexigibilidade* referidas no *art. 25*, necessariamente justificadas (...), deverão ser comunicadas, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para *ratificação e publicação na imprensa oficial*, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O *processo de dispensa*, *de inexigibilidade* ou de retardamento, previsto neste artigo, *será instruído*, no que couber, *com os seguintes elementos*:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – *razão da escolha do fornecedor ou executante*;

III – *justificativa do preço*; (...)

Lei nº 8.666/93

Art. 25 (...)

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se *comprovado superfaturamento*, *respondem solidariamente* pelo dano causado à Fazenda Pública *o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável*, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

"9.2. determinar à Secretaria de Controle Interno do TCU que reformule o 'SECOI Comunica nº 06/2005', dando-lhe a seguinte redação: 'a eficácia dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 26 da Lei 8.666/93 (art. 24, incisos III a XXIV, e art. 25 da Lei 8.666/93), está condicionada a sua publicação na imprensa oficial, salvo se, em observância ao princípio da economicidade, os valores contratados estiverem dentro dos limites fixados nos arts. 24, I e II, da Lei 8.666/93'."

(Acórdão nº 1336/2006 - Plenário)

"Trata-se de representação formulada (...) tendo em vista possíveis irregularidades na contratação, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), mediante dispensa de licitação (art. 24, inciso XIII da Lei nº 8.666/93), da Fundação Getúlio Vargas (FGV), para prestação de serviços de consultoria (...).

A SECEX entende que a motivação declarada pelos gestores - pesquisa na internet e reputação da FGV - não é suficiente para que se atenda ao inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações.

(...) Concordo com a Unidade Técnica acerca da necessidade de se ter encaminhado às outras possíveis interessadas o dito Termo de Referência (projeto básico) e, partir daí, de posse das propostas de serviços eventualmente por elas apresentadas, explicitar as razões de escolha da entidade que melhor atendesse às necessidades da Administração. Esse teria sido, por certo, a conduta ideal, ótima. O FNDE, entrementes, centrou sua análise apenas na proposta da FGV.

No entanto, é de se ressaltar que o inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações não prescreve a forma como se deve explicitar a 'razão de escolha do fornecedor ou executante'. Daí, surge margem ao gestor para, à luz do princípio da razoabilidade, praticar atos administrativos que culminem com a explicitação da mencionada 'razão de escolha'.

(...) Como já disse, o FNDE não tomou a providência ótima, qual seja, a de comparar propostas de vários potenciais contratados e, a partir daí, fazer sua escolha. Optou a entidade por fazer pesquisa superficial do mercado, contactar a FGV e, a partir disso, centrar sua análise no exame da proposta oferecida pela Fundação.

Mas também não há como dizer que o FNDE adotou providência teratológica, eis que é sabido e ressabido tratar-se a FGV de instituição de excelência e que a lei (inciso II do § único do art. 26) apenas indica a necessidade de se justificar a escolha do contratado, sem, entrementes, descrever como deve ser realizada essa justificativa.

Logo, mesmo reafirmando que a providência ideal a ser adotada pelos gestores deveria ter sido a de comparar várias propostas - como sugerido pela SECEX - entendo que as justificativas dos responsáveis devem ser acatadas. Não vejo logicidade (e também possibilidade) jurídica em se aplicar multa tendo por paradigma comportamentos ideais em um contexto onde a norma é permeada de discricionariedade. A multa se justificaria, somente, se a própria norma descrevesse o comportamento ideal a ser seguido - e a entidade injustificadamente não a cumprisse -, o que não é o caso. Também se justificaria se a conduta do responsável, em um contexto de discricionariedade, destoasse flagrantemente do comportamento ótimo - ou seja, caso se situasse abaixo do comportamento médio esperado. Também não é esse o caso que ora se examina."

(Acórdão nº 1813/2005 - Segunda Câmara)

"9.1. determinar ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq que: (...)

9.1.3. quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993;"

(Acórdão nº 819/2005 - Plenário)

"9.5 - determinar à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração (SPOA/SE/Mapa) que observe rigorosamente, no caso de contratação em caráter emergencial, além do disposto no art. 24, inciso IV, c/c o art. 26, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.666/93, com o detalhamento contido na Decisão Plenária nº 347/94, a necessidade de só efetivar contratações diretas de entidades após comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os do mercado, mediante pesquisa de preços, devendo a documentação pertinente constar do respectivo processo de dispensa ou inexigibilidade;"

(Acórdão nº 1379/2007 - Plenário)

1.4. Modalidades de licitação

Lei nº 8.666/93

Art. 22. São *modalidades de licitação*:
I – concorrência;
II – tomada de preços;
III – convite;
IV – concurso;
V – leilão.

Lei nº 8.666/93

Art. 23. As *modalidades de licitação* a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o *valor estimado da contratação*:
I - para *obras* e *serviços de engenharia*:
a) *convite*: até R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais);
b) *tomada de preços*: até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
c) *concorrência*: acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
II - para *compras* e *serviços* não referidos no inciso anterior:
a) *convite*: até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
b) *tomada de preços*: até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais);
c) *concorrência*: acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais).(...)

§ 4º Nos *casos em que couber convite*, a Administração *poderá utilizar a tomada de preços* e, em *qualquer caso*, a *concorrência*.

1.4.1. Concorrência

Lei nº 8.666/93

Art. 22 (...)
§ 1º *Concorrência* é a modalidade de licitação entre *quaisquer interessados* que, na fase inicial de habilitação preliminar, *comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital* para execução de seu objeto.

1.4.2. Tomada de preços

Lei nº 8.666/93

Art. 22 (...)
§ 2º *Tomada de preços* é a modalidade de licitação entre interessados devidamente *cadastrados* ou que *atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas*, observada a necessária qualificação.
(...)
§ 9º Na hipótese do § 2º deste artigo, *a Administração somente poderá exigir* do licitante não cadastrado os *documentos previstos nos artigos 27 a 31*, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital.

1.4.3. Convite

Lei nº 8.666/93

Art. 22 (...)
§ 3º *Convite* é a modalidade de licitação entre *interessados do ramo pertinente ao seu objeto*, *cadastrados ou não*, escolhidos e convidados em *número mínimo de 3 (três)* pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o *estenderá aos demais cadastrados* na correspondente especialidade que

> *manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas*.(...)
>
> § 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, *existindo na praça mais de três possíveis interessados*, a cada *novo convite* realizado para objeto idêntico ou assemelhado é *obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado*, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.
>
> § 7º Quando, *por limitações do mercado ou manifesto desinteresse* dos convidados, for *impossível a obtenção do número mínimo de licitantes* exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de *repetição do convite*.

Súmula TCU nº 248

Não se obtendo o *número legal mínimo de três propostas aptas à seleção*, na licitação sob a modalidade *Convite*, impõe-se a *repetição do ato*, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º do art. 22 da Lei nº

8.666/1993.Jurisprudência do TCU

"9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Pedreiras/MA que nas licitações realizadas com recursos federais: (...)

9.2.3. deixe de convocar licitantes cujo ramo de atividade econômica seja incompatível com o objeto da licitação realizada na modalidade de convite, por força da restrição imposta no § 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993."

(Acórdão nº 2363/2006 - Segunda Câmara)

"(...) a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de exigir a presença de três propostas válidas para o regular desenvolvimento de licitação na modalidade convite, sob pena de repetição do ato.

Para tanto, considera-se válida a proposta apta à seleção, ou seja, aquela que efetivamente concorre com as demais, após a licitante ter atendido as condições de qualificação exigidas no ato convocatório.

(...) o próprio Estatuto de Licitações estabelece os procedimentos a serem adotados quando da impossibilidade da existência de três interessados no certame. De acordo com o art. 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93, a renovação do procedimento somente deixará de ser obrigatória quando restar comprovada a ocorrência de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, desde que essas circunstâncias estejam devidamente justificadas no processo.

Posto isso, constata-se a falha incorrida pela Gerência do Ibama em Santa Catarina na condução do Convite nº 11/2002. Das cinco empresas que participaram da licitação, três foram inabilitadas e uma desclassificada em razão de falha na formulação da proposta comercial. Assim, apenas a empresa Construir Engenharia, Construção e Montagem Ltda. apresentou proposta válida no procedimento licitatório realizado."

(Acórdão nº 1730/2005 - Segunda Câmara)

"(...) são convidadas três empresas, cada uma com atividade econômica específica relacionada a determinado grupo de bens a serem adquiridos. Essas empresas apresentam propostas para um determinado grupo de bens, não apresentando para os outros, ou apresentam para todos os bens, mas com preços competitivos apenas para os bens com os quais opera. Em conseqüência, cada empresa é vencedora do grupo de bens com os quais trabalha. Assim, existem três empresas participantes, mas não existem três propostas válidas para todos os itens do convite."

(Acórdão nº 301/2005 - Plenário)

1.4.4. Concurso

Lei nº 8.666/93

Art. 22 (...)

§ 4º *Concurso* é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para *escolha de trabalho técnico, científico*

ou artístico, mediante a instituição de *prêmios ou remuneração aos vencedores*, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Lei nº 8.666/93

Art. 13 (...)
§ 1º *Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação*, os *contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados* deverão, *preferencialmente*, ser *celebrados mediante a realização de concurso*, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

1.4.5. Leilão

Lei nº 8.666/93

Art. 22 (...)
§ 5º *Leilão* é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a *venda de bens móveis inservíveis* para a administração *ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados* (...), a quem oferecer o *maior lance*, igual ou superior ao valor da avaliação.

Lei nº 8.666/93

Art. 17. A *alienação de bens da Administração Pública*, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: (...)
§ 6º Para a *venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea b desta Lei*, a Administração poderá permitir o *leilão*.

1.4.6. Pregão

1.4.6.1. Pluralidade legislativa

Lei nº 8.666/93

Art. 22 (...)
§ 8º É *vedada* a *criação de outras modalidades de licitação* ou a combinação das referidas neste artigo.

Constituição da República

Art. 22. *Compete* privativamente *à União legislar sobre*:
(...)
XXVII - *normas gerais de licitação* e contratação, em *todas as modalidades*, para as *administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios* (...), e para as *empresas públicas e sociedades de economia mista* (...);

Medida Provisória nº 2.026/2000

(última reedição: MP nº 2.182-18/2001)

Institui, no *âmbito da União*, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada *pregão*, para aquisição de bens e serviços comuns.

Lei nº 10.520/2002

Institui, no *âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada *pregão*, para aquisição de bens e serviços comuns (...).

1.4.6.2. Aplicação subsidiária da lei de licitações

Lei nº 10.520/2002

Art. 9º Aplicam-se *subsidiariamente*, para a modalidade de pregão, as *normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*.

Jurisprudência do TCU

"9.3. determinar ao Ministério da Integração Nacional que: (...)

9.3.3. observe as disposições legais quanto à correta definição do objeto e do respectivo padrão de desempenho e qualidade, nos termos do § único do art. 1º da Lei nº 10.520/02 e, subsidiariamente, do art. 7º, *caput*, inciso I, e § 2º, inciso I, da Lei 8.666/93;

9.3.4. quando o objeto for de natureza divisível, observe o disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/02, no inciso IV do art. 15 e § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, bem como na jurisprudência deste Tribunal, quanto à obrigatoriedade da admissão da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas;"

(Acórdão nº 2407/2006 - Plenário)

1.4.6.3. Uso obrigatório ou mera faculdade

Lei nº 10.520/2002

Art. 1º Para *aquisição de bens e serviços comuns*, *poderá ser adotada* a licitação na *modalidade de pregão*, que será regida por esta Lei.

Decreto nº 3.555/2000, Anexo I

Art. 3º Os *contratos celebrados pela União*, para a *aquisição de bens e serviços comuns*, *serão precedidos, prioritariamente*, de licitação pública na *modalidade de pregão*, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

Jurisprudência do TCU

"Independentemente da ausência de obrigatoriedade, o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade pregão, se, tecnicamente, havia condições para tanto. As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases de habilitação e da abertura das propostas de preços, é apenas a parte mais perceptível do processo. Há outras questões relevantes que recomendam, peremptoriamente, a sua adoção.

(...) O argumento de que o convite era a opção legal é relativo. A discricionariedade do administrador está jungida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. O legislador, ao disponibilizar ferramenta de comprovada eficácia e atribuir prioridade para a sua aplicação, imbuiu a Administração do dever de a utilizar. Sua preterição deve ser fundamentada, porque, via de regra, o pregão tem se mostrado a opção mais econômica na aquisição/contratação de bens ou serviços."

(Acórdão nº 1547/2004 - Primeira Câmara)

Decreto nº 5.450/2005

Art. 4º Nas licitações para *aquisição de bens e serviços comuns* será *obrigatória a modalidade pregão*, sendo *preferencial* a utilização da sua *forma eletrônica*.

Jurisprudência do TCU

"(...) com a publicação do Decreto 5.450/2005, o pregão passa a ser obrigatório no que se refere à aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da Administração Pública Federal, devendo ser, preferencialmente, realizado com o uso da tecnologia da informação, é dizer, de modo eletrônico (art. 4º da referenciada norma). Assim, merece atenção por parte do órgão ora fiscalizado a definição da natureza de um bem. Acaso o bem seja comum, o MME (Ministério de Minas e Energia] deve, necessariamente, adotar o pregão, sob pena de estar afrontando o regulamento que trata do assunto."

(Acórdão nº 1064/2005 - Plenário)

Decreto nº 5.504/2005

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de *convênios*, *instrumentos congêneres* ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as *obras, compras, serviços e alienações* a serem *realizadas por entes públicos ou privados*, *com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União*, sejam *contratadas mediante processo de licitação pública*, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas *licitações* realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para *aquisição de bens e serviços comuns*, será *obrigatório o emprego da modalidade pregão*, *nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo *preferencial a utilização de sua forma eletrônica* (...).

(...)

§ 5º *Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais*, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, *e às entidades*

> *qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, *relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União*, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Jurisprudência do TCU

"1.1. determinar à Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron (Organização Social que celebrou contrato de gestão com o Ministério da Ciência e Tecnologia] que:

1.1.1. adote as medidas necessárias ao integral atendimento das recomendações constantes (...) do Relatório de Auditoria nº 140301 da Secretaria Federal de Controle Interno, atentando-se quanto ao Regulamento de Compras, para o disposto no § 5º do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005, que estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos;"

(Acórdão nº 2490/2005 – Primeira Câmara)

1.4.6.4. Peculiaridades

1.4.6.4.1. Valor da contratação

Decreto nº 3.555/2000, Anexo I

> Art. 1º Este Regulamento estabelece normas e procedimentos relativos à licitação na modalidade de pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, *qualquer que seja o valor estimado*.

1.4.6.4.2. Inversão na seqüência de atos

Lei nº 10.520/2002

Art. 4º (...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os *envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos*, procedendo-se à sua *imediata abertura e* à *verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório*;

VIII - no curso da sessão, o autor da *oferta de valor mais baixo* e os das *ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela* poderão fazer *novos lances verbais e sucessivos*, até a proclamação do vencedor;

IX - *não havendo pelo menos 3 (três) ofertas* nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das *melhores propostas, até o máximo de 3 (três)*, oferecer *novos lances verbais e sucessivos*, *quaisquer que sejam os preços oferecidos*;

X - para *julgamento e classificação das propostas*, será adotado o *critério de menor preço*, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a *proposta classificada em primeiro lugar*, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua *aceitabilidade*;

XII - *encerrada a etapa competitiva* e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à *abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta*, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

Decreto nº 3.555/2000, Anexo I

Art. 11 (...)
VI - o pregoeiro procederá à *abertura dos envelopes contendo as propostas de preços* e classificará o autor da *proposta de menor preço* e aqueles que tenham apresentado *propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço*;

Decreto nº 5.450/2005

Art. 23. O sistema ordenará, automaticamente, as *propostas classificadas pelo pregoeiro*, sendo que *somente estas participarão da fase de lances*.
Art. 24 (...)
§ 3º O *licitante* somente poderá oferecer *lance inferior ao último por ele ofertado* e registrado pelo sistema.

Jurisprudência do TCU

"(...) corroboro do entendimento da Unidade Técnica no tocante à necessidade de a fase de lances nos pregões eletrônicos anteceder o exame da adequabilidade dos preços ofertados. Em que pese o orçamento do órgão licitante ser o parâmetro para detecção de possível sobrepreço, a própria dinâmica dos pregões leva a supor que haverá superposição de ofertas, de tal forma que o valor contratado fique inferior ao total inicialmente ofertado pelas licitantes.

Nesse contexto, somente após a fase de lances, com a conseqüente definição dos valores propostos, é que se deve proceder à análise da compatibilidade entre esses valores e a estimativa inicial do órgão contratante."

(Acórdão nº 934/2007 - Primeira Câmara)

1.4.6.5. Objeto do pregão

1.4.6.5.1. Conceito de bens e serviços comuns

Lei nº 10.520/2002

Art. 1º Para aquisição de *bens e serviços comuns*, poderá ser adotada a licitação na modalidade de *pregão*, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se *bens e serviços comuns*, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos *padrões de desempenho e qualidade* possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de *especificações usuais no mercado*.

Decreto nº 5.450/2005

Art. 2º (...)
§ 1º Consideram-se *bens e serviços comuns* aqueles cujos *padrões de desempenho e qualidade* possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de *especificações usuais do mercado*.

Decreto nº 3.555/2000, Anexo I

Art. 3º (...)
§ 2º Consideram-se *bens e serviços comuns* aqueles cujos *padrões de desempenho e qualidade* possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital, em perfeita conformidade com as *especificações usuais praticadas no mercado*, *de acordo com o disposto no Anexo II*.

Jurisprudência do TCU

"(...) a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração."

(Acórdão nº 615/2003 - Primeira Câmara)

1.4.6.5.2. Objetos comuns na área de tecnologia da informação

Lei nº 8.666/93

Art. 45 (...)
§ 4º Para *contratação de bens e serviços de informática*, a Administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando *obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço*, *permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo*.

Decreto nº 3.555/2000, Anexo II

BENS COMUNS
(...)
2. Bens Permanentes
(...)
2.2. Equipamentos em geral, *exceto bens de informática*
2.3. Utensílios de uso geral, *exceto bens de informática*
(...)
2.5. Microcomputador de mesa ou portátil (*notebook*), *monitor de vídeo* e *impressora*

Jurisprudência do TCU

"9.4. recomendar à Companhia de Eletricidade do Acre - Eletroacre que: (...)

9.4.2. realize procedimento licitatório na modalidade pregão sempre que os produtos e serviços de informática possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, haja vista a experiência que a Administração Pública vem granjeando na redução de

custos e do tempo de aquisição de bens, adquiridos por intermédio daquela espécie de certame público;”

(Acórdão nº 1182/2004 - Plenário)

“(...) existem softwares que são denominados de ‘produtos de prateleira’, cujos padrões podem ser objetivamente definidos no Edital, por meio de especificações usuais de mercado, podendo ser licitados mediante pregão, por se classificarem como bens comuns. Contudo, existirão outros que não se enquadrarão nessa classificação. De qualquer modo, o que é indispensável é que o Administrador demonstre, de forma circunstanciada, as razões pelas quais utilizou determinados tipo e modalidade de licitação.”

(Acórdão nº 2094/2004 - Plenário)

“Quanto ao mérito, discute-se a possibilidade de se adotar a modalidade licitatória ‘pregão’ para a contratação da prestação de serviços técnicos especializados de informática.

O objeto do Pregão nº 47/2004 (realizado no âmbito do TRF/1ª Região] consiste em: a) desenvolvimento de atividades de análise, projeto, implantação, suporte, documentação e manutenção de sistemas de informações; b) desenvolvimento de atividades de planejamento, modelagem, desenvolvimento, implantação, controle, suporte e manutenção de bases de dados de sistemas; c) desenvolvimento de estudos de capacidade, planejamento e operação de rede; d) desenvolvimento de atividades de projeto, exame, implantação, suporte e manutenção de sistemas; e) desenvolvimento de atividades de definição e criação de algoritmos lógicos, codificação, compilação, testes e preparação de documentação; f) atividades de instalação e configuração de equipamentos; e g) serviços de programação.

Veja-se, pois, que, consoante os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais expostos (...), não se trata de bens e serviços comuns, o que afasta a possibilidade de contratação desses serviços mediante a modalidade pregão (art. 1º da Lei nº 10.520/2002). Não são serviços padronizáveis por especificações usuais de mercado, mas sim serviços de razoável complexidade, sujeitos a alternativas técnicas de execução. O Decreto nº 3.555/2000, aliás, especifica

que são licitáveis mediante pregão, na área de informática, os serviços de apoio como manutenção e digitação, o que é bem distinto do objeto da licitação em tela.

Por outro lado, o art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece, como regra geral, que a contratação de bens e serviços de informática deve ser por meio de licitação do tipo 'técnica e preço', procedimento incompatível com aqueles previstos para a modalidade pregão, cuja ênfase é posta quase que com exclusividade no preço. A exceção a essa disciplina é exatamente a hipótese, inaplicável nestes autos, vale repisar, de se tratarem de bens e serviços comuns (...)."

(Acórdão nº 2594/2005 - Primeira Câmara)

"Trata-se de Representação encaminhada a este Tribunal (...) pela empresa Higiterc Higienização e Terceirização Ltda., participante da Concorrência nº 3/2006 - FUNASA/MS, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos de informática, no âmbito das Coordenações Regionais da FUNASA.

(...) afirma a FUNASA que o objeto do Edital, por representar uma contratação de grande vulto e, principalmente, por exigir um grau de complexidade técnica considerável, necessita de um acurado exame de similaridade a respeito da capacidade técnica efetiva das concorrentes, o que não se harmoniza com a celeridade procedimental da modalidade pregão.

Acrescenta também que o objeto desta contratação compreende as atividades de administração técnica e operacional do ambiente computacional, infra-estrutura de rede e projetos de telecomunicações, sendo necessário, portanto, a comprovação fiel da capacidade técnica das licitantes para garantir que a prestação de serviços seja adequada ao ambiente existente na FUNASA.

(...) No que tange à adoção da modalidade de licitação concorrência ou pregão, pensamos, com base nas informações prestadas pela FUNASA, que os serviços de apoio técnico de informática, compreendendo as atividades na área de operação, suporte e manutenção de ambiente de rede de infra-estrutura computacional no âmbito das Coordenações Regionais da FUNASA, englobando também atividades de administração técnica e operacional do am-

biente computacional, infra-estrutura de rede e projetos de telecomunicações, não se caracterizam como sendo de natureza comum, o que inviabiliza a definição objetiva no Edital de padrões de desempenho e de qualidade com base em especificações usuais no mercado.

(...) Nesse diapasão, entendemos que a contratação em tela melhor se ajusta ao tipo técnica e preço, estando de acordo com a legislação em vigor, em especial, com o previsto no art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

(...) Aliás, o Tribunal, no Acórdão 2594/2005 - Primeira Câmara, citado pela 4ª Secex, já se manifestou no sentido que se adote a modalidade concorrência para contratação de serviços de apoio técnico de informática por não serem serviços padronizáveis por especificações usuais de mercado."

(Acórdão nº 293/2007 - Plenário)

"Cuidam os autos da Representação formulada pela empresa Aker Consultoria e Informática Ltda., mediante a qual aponta a existência de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 123/2005, realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST, tendo por objeto o 'registro de preços para eventual fornecimento de solução de Cluster de Firewalls para conexão à rede corporativa da Justiça do Trabalho'.

Em seu expediente, a empresa alega que as especificações técnicas exigidas pelo TST estariam restringindo o caráter competitivo do certame e que a modalidade utilizada não seria adequada para a aquisição do objeto pretendido, haja vista que o tipo de licitação escolhido pelo órgão deveria ter sido 'técnica e preço', incompatível com a modalidade 'pregão'.

(...) todas as exigências de ordem técnica feitas pelo TST estão devidamente justificadas no procedimento licitatório e mostraram-se indispensáveis para o atendimento das necessidades daquela Corte Laboral, sobretudo, para que ela possa disponibilizar aos seus magistrados e servidores acesso seguro à rede da Justiça do Trabalho, assegurando operacionalidade às diversas unidades que compõem essa rede.

Além disso, não se verificou qualquer restrição indevida à competitividade do certame, especialmente tendo em vista que seis

licitantes participaram do processo licitatório, ofertando produtos provenientes de quatro fabricantes distintos. Vislumbra-se a existência de efetiva competição também quando se constata uma significativa redução entre o preço inicial ofertado pela licitante vencedora (R$ 200.000,00) e o preço final (R$ 119.000,00), de cerca de 40%.

No tocante à adequação da modalidade de licitação escolhida, entendo que os produtos/serviços demandados pelo TST podem se enquadrar como bens comuns, uma vez que apresentam padrões claros de desempenho e de qualidade objetivamente definidos no edital, compatíveis com o padrão de mercado, nos termos do art. 2º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005."

(Acórdão nº 1114/2006 - Plenário)

"9.6. determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: (...)

9.6.12. nos casos de contratação de microcomputadores de mesa, com fundamento no subitem 2.5 do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000, utilize a modalidade pregão somente para os computadores pessoais, que servem ao usuário individual, ante o disposto no art. 1º da Lei nº 10.520/2002, que prevê tal modalidade de licitação somente para bens e serviços de uso comum, categoria em que servidores de banco de dados não se enquadram;"

(Acórdão nº 107/2006 - Plenário)

"Cuidam os presentes autos de documentos encaminhados a título de Representação pela Federação Nacional de Técnicos Industriais (FENTEC), acerca de possíveis irregularidades ocorridas na execução do Pregão Eletrônico nº 2006/0061 pelo BB (Banco do Brasil], cujo objeto, dividido em três lotes, consiste na contratação de empresa de informática para a 'Solução de Atendimento e Suporte a Redes MAN e de Comunicação de Dados em Brasília, São Paulo e Rio de janeiro' (item 2.1 do Edital).

(...) a jurisprudência desta Corte (v.g. Acórdão nº 313/2004-Plenário) é tranqüila ao afirmar que, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. O objeto da licitação

deve-se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas.

Ora, os serviços em questão referem-se à simples instalação e manutenção de redes de computadores. São serviços, em princípio, fornecidos por diversos fornecedores e comparáveis entre si. Não se trata do fornecimento de equipamentos de qualquer espécie e nem de desenvolvimento de 'softwares' para a instituição financeira. Não consta do escopo da licitação o desenvolvimento de soluções para problemas específicos da instituição financeira. Trata-se, enfim, de serviços padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado de informática."

(Acórdão nº 58/2007 - Plenário)

"Acerca da viabilidade de realização de licitação na modalidade pregão para aquisição de sala-cofre, cabem alguns esclarecimentos em face do uso indiscriminado desse instituto.

(...) o objeto licitado perfaz uma sala de segurança para a proteção de dados, objeto incomum, tecnologicamente sofisticado, e que deve manter preservados os dados mesmo quando o ambiente externo esteja sujeito a rígidas condições ambientais. Não parece razoável aferir que as especificações desse objeto não suscitarão dúvidas durante procedimento concorrencial e, principalmente, que esse produto justifique a inversão das fases de habilitação e julgamento, como ocorre no pregão, sem gerar risco excessivo de inadimplemento contratual pelos potenciais contratados. Diante dessas considerações, julgo inviável a licitação para aquisição de sala-cofre por intermédio da modalidade pregão."

(Acórdão nº 2392/2006 - Plenário)

"Uma das irregularidades assinaladas pelo denunciante referese à inadequação do uso da modalidade pregão para a aquisição de aeronaves que, segundo seu entendimento, são bens sofisticados, não abrangidos pela Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão).

Ao relatar o Acórdão nº 1.754/2006 - Plenário, o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti assim se pronunciou sobre a questão: *'a princípio parece caber razão à 6ª Secex, que conclui ser a modalidade pregão utilizável para fins de licitação de*

aeronaves, considerando que, segundo as especificações mínimas estabelecidas, haveria condição de fornecimento por vários fabricantes/representantes, sem que fossem realizadas alterações substanciais em suas configurações (...). Contudo, reservo-me quanto ao pronunciamento definitivo sobre a matéria, deixando para fazê-lo em momento mais oportuno, por ocasião do exame de mérito...'.

Em sua instrução, a Unidade Técnica reitera o entendimento, já consignado anteriormente, de que *'não se vislumbraram, neste caso específico, vícios decorrentes do uso do pregão para tal aquisição que tenham prejudicado o resultado do certame.'.*

Antes de qualquer consideração jurídica sobre o tema, devo registrar que a modalidade pregão tem sido empregada por várias unidades da federação para aquisição de aeronaves, com sucesso (...).

Quanto ao aspecto legal, a Lei do Pregão nos fornece um tipo aberto, consubstanciado no 'bem ou serviço comum' por ela definido como *'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'*. Em outras palavras, podemos dizer que o objeto deve ser definido por meio de critérios objetivos e usuais no mercado. Ocorre que todo julgamento de propostas, independentemente da modalidade licitatória empregada, deve utilizar-se de critérios objetivos, como determina o art. 44 da Lei nº 8.666/93. A primeira parte da definição então pouco orienta, pois não pode ser considerada intrínseca ao pregão.

A segunda parte da definição também é vaga, pois não informa nem quais os critérios para considerar algo usual, nem a qual mercado se refere. Por exemplo, as especificações do pregão da Senasp (Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça] não podem ser consideradas usuais em relação ao mercado em geral, pois aeronaves não são bens negociados pela grande maioria das pessoas ou empresas. Por outro lado, podem ser corriqueiras no mercado aeronáutico.

No vácuo admitido pela Lei, esta Corte de Contas tem procurado decidir o caso concreto com bom senso e pragmatismo, visando sempre o interesse da Administração. Neste processo, acredito que um bom referencial para a nossa decisão são os pregões já

realizados por outros órgãos, que trouxeram bons resultados e demonstraram a viabilidade do procedimento.

Portanto, sem adentrar muito na discussão do assunto, creio que deve ser considerada regular a realização do Pregão nº 21/2006, sem que, com isso, pretenda-se estabelecer uma regra geral, aplicável a qualquer tipo de aeronave."

(Acórdão nº 2406/2006 - Plenário)

Lei nº 8.248/91
(redação dada pela Lei nº 11.077/2004)

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, (...) darão *preferência*, nas *aquisições de bens e serviços de informática e automação*, observada a *seguinte ordem*, a:

I – *bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País*;

II – *bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico*, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

(...)

§ 3º A *aquisição de bens e serviços de informática e automação*, considerados como *bens e serviços comuns* nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, *poderá ser realizada na modalidade pregão*, *restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico* nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991.

Jurisprudência do TCU

"9.1. conhecer da consulta para respondê-la no sentido de que não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência de que trata o art. 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis n.os 10.176/2001 e 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim

definidos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, estando essas licitações franqueadas a todos os interessados, independentemente de desenvolverem bens e produtos com tecnologia nacional e cumprirem o Processo Produtivo Básico, definido pela Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991;

9.2. esclarecer ao consulente que é juridicamente possível a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação nas contratações realizadas por intermédio da modalidade Pregão, mesmo nas hipóteses em que não seja tecnicamente viável a aplicação da regra de preferência a que alude o art. 3º da Lei nº 8.248/1991, com a redação alterada pelas Leis n.os 10.176/2001 e 11.077/2004, vale dizer, nas situações em que não haja licitantes que possam fornecer produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico, assim definido pela Lei nº 8.387/1991;"

(Acórdão nº 1707/2005 - Plenário, cuja parte dispositiva foi alterada pelo Acórdão nº 2138/2005 - Plenário)

"(...) nas licitações sob a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns de informática, a participação no certame deve ser franqueada a todos os interessados, independentemente de cumprirem o Processo Produtivo Básico."

(Acórdão nº 1598/2006 - Plenário)

1.5. Fases da licitação

1.5.1. Fase interna

Lei nº 8.666/93

Art. 38. O *procedimento da licitação* será *iniciado* com a *abertura de processo administrativo*, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa (...):

Jurisprudência do TCU

“Em diversas oportunidades, tenho-me manifestado sobre a importância da atividade de planejamento não só para a área de informática, mas também para outros setores da Administração Pública. O planejamento é uma função estratégica, porque dele resultam a formulação e a organização das ações, com designação dos recursos financeiros, humanos e materiais aplicáveis, bem como fixação de prazos, visando ao cumprimento das atribuições da unidade. Em termos concretos, das diretrizes originadas do processo de planejamento, nascem as decisões que irão orientar a realização de despesas e determinar a eficácia do órgão ou entidade.

O planejamento lança as condições para a execução de outras funções estratégicas, como a definição, a supervisão e o controle das atividades da unidade. Quando todas essas funções estratégicas são executadas de forma independente, a unidade assume o domínio sobre sua atuação e a autoridade sobre os resultados que deseja obter. É por essa razão que não há como deixar de executar as tarefas afetas ao planejamento e às demais funções estratégicas, nem como atribuir o encargo a servidores sem qualificação

ou a pessoal terceirizado, dado o possível conflito de interesses que possa vir a surgir."

(Acórdão nº 667/2005 – Plenário)

1.5.1.1. Previsão de recursos orçamentários

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Art. 167. São *vedados*: (...)
II - a *realização de despesas* ou a assunção de obrigações diretas *que excedam os créditos orçamentários* ou adicionais.

LEI Nº 8.666/93

Art. 7º (...)
§ 2º *As obras e os serviços* somente poderão ser *licitados* quando: (...)
III – houver *previsão de recursos orçamentários* que assegurem o *pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso*, de acordo com o respectivo cronograma;

LEI Nº 8.666/93

Art. 14. *Nenhuma compra será feita sem* a adequada caracterização de seu objeto e *indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento*, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

LEI Nº 8.666/93

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a *abertura de processo administrativo* (...), contendo a *indicação* sucinta de seu objeto e *do recurso próprio para a despesa* (...).
(...)
Art. 40 (...)

§ 2º Constituem *anexos do edital*, dele fazendo parte integrante: (...)
III - a *minuta do contrato* a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
(...)
Art. 55. São *cláusulas necessárias em todo contrato* as que estabeleçam: (...)
V - o *crédito pelo qual correrá a despesa*, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

Decreto nº 93.872/86

Art. 24. É *vedada* a realização de *despesa sem prévio empenho*.
(...)
Art. 25. O *empenho* importa *deduzir seu valor de dotação adequada à despesa a realizar*, por força do compromisso assumido.
(...)
Art. 27. As *despesas relativas a contratos*, convênios, acordos ou ajustes de *vigência plurianual*, serão *empenhadas em cada exercício financeiro pela parte nele a ser executada*.

Jurisprudência do TCU

"9.5. determinar à Prefeitura de Macapá/AP que, nas próximas licitações e contratações de obras e serviços envolvendo recursos federais: (...)

9.5.12. somente realize procedimento licitatório quando houver disponibilidade orçamentária para cobrir a despesa a ser contratada, indicando no respectivo edital a dotação orçamentária que cobrirá as mencionadas despesas (...);"

(Acórdão nº 301/2005 - Plenário)

1.5.1.1.2. Sistema de registro de preços

Lei nº 8.666/93

Art. 15. As *compras*, *sempre que possível*, deverão: (...)
II - ser *processadas através de sistema de registro de preços*;
(...)
§ 1º O *registro de preços* será *procedido de ampla pesquisa de mercado*.

§ 2º Os *preços registrados* serão *publicados trimestralmente* para orientação da Administração, *na imprensa oficial*.

§ 3º O *sistema de registro de preços* será *regulamentado por decreto*, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes ocorrências:
I - *seleção feita mediante concorrência*;
II - estipulação prévia do sistema de controle e *atualização dos preços registrados*;
III - *validade do registro não superior a um ano*.

§ 4º *A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir*, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às Licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.
(...)

§ 6º *Qualquer cidadão* é parte legítima para *impugnar preço* constante do quadro geral em razão de *incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado*.

Lei nº 10.520/2002

Art. 11. As *compras e contratações de bens e serviços comuns*, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios, quando *efetuadas pelo sistema de registro de preços* previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *poderão adotar a modalidade de pregão*, conforme regulamento específico.

Decreto nº 3.931/2001

Art. 1º As *contratações de serviços* e a *aquisição de bens*, quando *efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços*, no *âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista* e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - *Sistema de Registro de Preços - SRP* - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à *prestação de serviços e aquisição de bens*, para *contratações futuras*;

II - *Ata de Registro de Preços* - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

III - *Órgão Gerenciador* - órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele decorrente; e

IV - *Órgão Participante* - órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços.

Art. 2º Será *adotado, preferencialmente, o SRP* nas seguintes *hipóteses*:

I - quando, pelas características do *bem ou serviço*, houver *necessidade de contratações freqüentes*;

II - quando for mais conveniente a *aquisição de bens com previsão de entregas parceladas* ou *contratação de serviços necessários à Administração* para o desempenho de suas atribuições;
III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para *atendimento a mais de um órgão ou entidade*, ou a programas de governo; e
IV - quando pela natureza do objeto *não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração*.
Parágrafo único. *Poderá ser realizado registro de preços para contratação de bens e serviços de informática*, obedecida a legislação vigente, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica.
(...)
Art. 8º A *Ata de Registro de Preços*, durante sua vigência, *poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório*, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, *desde que devidamente comprovada a vantagem*.

§ 1º Os *órgãos e entidades que não participaram do registro de preços*, quando desejarem *fazer uso da Ata de Registro de Preços*, deverão *manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata*, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º *Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços*, observadas as condições nela estabelecidas, *optar pela aceitação ou não do fornecimento*, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, *desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas*.

§ 3º As *aquisições ou contratações adicionais* a que se refere este artigo *não poderão exceder, por órgão ou en-*

tidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.

Jurisprudência do TCU

"8.3. determinar ao atual Diretor-Geral do Colégio Pedro II que: (...)

8.3.7. sempre que presente uma das hipóteses permissivas, processar, preferencialmente, as aquisições de bens por intermédio do Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/93 e regulamentado pelo Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998 (...);"

(Acórdão nº 56/1999 - Plenário)

"A administração da UFPB (Universidade Federal da Paraíba] deve respeitar os limites definidos no art. 24, II, da Lei nº 8.666/1993 e, para tanto, deve realizar planejamento destinado a permitir que o volume anual de contratações diretas fique adstrito ao montante fixado nesse dispositivo legal. O fato de a administração ter adquirido produtos alimentícios que se mostravam compatíveis com os valores de mercado não serve para justificar a infração à referida norma legal, tampouco a falta de conhecimento sobre a disponibilidade orçamentária total a ser alocada à entidade pode servir de desculpas para a irregularidade. Nesse sentido, lembro que a administração não precisa de disponibilidade de recursos para iniciar a licitação, basta contar com a devida previsão orçamentária. Lembro, ainda, que o problema pode ser atenuado pelo aproveitamento das vantagens propiciadas pelo sistema de registro de preços prescrito no art. 15 da Lei de Licitações (...)."

(Acórdão nº 3146/2004 - Primeira Câmara)

"9.3. determinar: (...)

9.3.2. ao 2º Batalhão de Engenharia de Construção, que: (...)

9.3.2.3. quando da celebração de contratos em decorrência de utilização de atas de registro de preços, mencione, expressamente, no objeto, os itens do termo de referência e as quantidades correspondentes que estão sendo contratadas;

(...)

9.3.2.9. especifique expressamente, nos editais de pregões destinados à elaboração de registro de preços, os créditos orçamentários sob os quais correrão as despesas, nos exatos termos do art. 14 c/c o art. 7º, § 2º, inciso III, ambos da Lei 8.666/1993;"

(Acórdão nº 1090/2007 - Plenário)

"(...) o disposto no inciso IV do art. 2º do Decreto 3.931/2001, que prevê a possibilidade de se adotar o sistema de registro de preços quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, não pode ser entendido como uma autorização para que a Administração não defina, ainda que de forma estimativa, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da ata de registro de preços."

(Acórdão nº 1100/2007 - Plenário)

"(...) o Decreto nº 3.931/2001 não se mostra incompatível com a Lei nº 8.666/93 no que tange à utilização do registro de preços tanto para serviços como para compras. Ademais, o art. 11 da Lei nº 10.520/2002 admite a utilização do sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei de Licitações nas contratações de bens e serviços comuns.

(...) Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 (tinha por objeto a contratação de empresa de prestação de serviços, apoio logístico e realização de eventos] ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame

licitatório para prestação de serviços no valor de R$ 32,0 milhões. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.

Para além da temática principiológica que, por si só, já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerada que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.

(...) a questão reclama providência corretiva por parte do órgão central do sistema de serviços gerais do Governo Federal, no caso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, razão pela qual, acompanhando os pareceres emitidos nos autos, firmo a conclusão de que o Tribunal deva emitir as determinações preconizadas pela 4ª Secex, no intuito de aperfeiçoar a sistemática de registro de preços, que vem se mostrando eficaz método de aquisição de produtos e serviços, de modo a prevenir aberrações tais como a narrada neste processo."

(Acórdão nº 1487/2007 - Plenário)

1.5.1.2. Elaboração do edital

Lei nº 8.666/93

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos *editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões*, embora realizadas no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (...)

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O *edital* conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da

licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes (...):

1.5.1.2.1. Definição do objeto da licitação

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O *edital* (...) indicará, obrigatoriamente, o seguite:
I - *objeto* da licitação, em *descrição sucinta e clara*;

Lei nº 8.666/93

Art. 14. Nenhuma *compra* será feita sem a *adequada caracterização de seu objeto* (...).
Art. 15 (...)

§ 7º Nas *compras* deverão ser observadas, ainda:
I – a *especificação completa do bem a ser adquirido*, sem indicação de marca;

Lei nº 8.666/93

Art. 45 (...)
§ 1º (...) constituem *tipos de licitação*, excesso na modalidade de concurso:
I - a de *menor preço* - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será *vencedor* o *licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital* ou convite e ofertar o menor preço;

Lei nº 8.666/93

Art. 15 (...)
§ 7º Nas *compras* deverão ser observadas, ainda: (...)
II – a *definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas* em *função do consumo e utilização prováveis*,

cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

Lei nº 8.666/93

Art. 7º (...)
§ 4º É *vedada*, ainda, a *inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades* ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Súmula TCU nº 177

A *definição precisa e suficiente do objeto licitado* constitui *regra indispensável da competição*, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da *licitação para compra*, a *quantidade demandada* uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Jurisprudência do TCU

"(...) problemas relacionados ao preço em confronto com rendimento e qualidade desejados surgem, com maior intensidade, quando a redação do ato convocatório é defeituosa. A descrição do objeto deve ser clara e deve descrever os requisitos técnicos necessários à satisfação do interesse da administração. Assim, o conjunto preço/requisitos técnicos ou de qualidade quando examinado deve permitir a seleção da proposta mais vantajosa, no caso, o melhor preço."

(Acórdão nº 904/2006 - Plenário)

1.5.1.2.1.1. Projeto Básico e Projeto Executivo

Lei nº 8.666/93

Art. 40 (...)

§ 2º Constituem *anexos do edital*, dele fazendo parte integrante:
I - o *projeto básico e/ou executivo*, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;
II - *orçamento estimado* em *planilhas de quantitativos e preços unitários*;

Lei nº 8.666/93

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)
IX – *Projeto Básico* – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para *caracterizar a obra ou serviço*, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a *viabilidade técnica e* o *adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento*, e que possibilite a *avaliação do custo da obra e* a *definição dos métodos e do prazo de execução*, devendo conter os seguintes elementos:
a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da *obra* e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
(...)
c) identificação dos tipos de *serviços* a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra (...);
(...)
f) *orçamento detalhado* do *custo global da obra*, fundamentado em *quantitativos de serviços e fornecimentos* propriamente avaliados;
X - *Projeto Executivo* - conjunto dos elementos necessários e suficientes à *execução completa da obra*, de acordo

com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

Lei nº 8.666/93

Art. 7º As licitações para a *execução de obras e* para a *prestação de serviços* obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à *seguinte seqüência*:
I - *projeto básico*;
II - *projeto executivo*;
III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do *projeto executivo*, o qual *poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços*, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As *obras e* os *serviços somente poderão ser licitados quando*:
I - *houver projeto básico aprovado pela autoridade competente* e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
II - *existir orçamento detalhado* em *planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários*;
(...)

§ 6º A *infringência do disposto neste artigo* implica a *nulidade dos atos ou contratos realizados e* a *responsabilidade de quem lhes tenha dado causa*.
(...)

§ 9º O *disposto neste artigo aplica-se* também, *no que couber*, aos *casos de dispensa e de inexigibilidade* de licitação.

Lei nº 8.666/93

Art. 9º *Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação* ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I - o *autor do projeto, básico ou executivo*, pessoa física ou jurídica;
II - *empresa*, isoladamente ou em consórcio, *responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo* (...);
(...)
§ 1º É *permitida a participação do autor do projeto* ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, *como consultor ou técnico*, *nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento*, *exclusivamente a serviço da Administração interessada*.

§ 2º *O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado* ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

Decreto nº 3.555/2000, Anexo I

Art. 8º A *fase preparatória* do *pregão* observará as seguintes regras:
I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no *termo de referência*.
II – o *termo de referência* é o documento que deverá conter *elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração*, *diante de orçamento detalhado*, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesas ou, ainda, o *agente encarregado da compra no âmbito da Administração*, deverá:
a) *definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência* elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, *obedecidas as especificações praticadas no mercado*;

Decreto nº 5.450/2005

Art. 9º Na *fase preparatória* do *pregão, na forma eletrônica*, será observado o seguinte:
I - *elaboração de termo de referência* pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;
II - *aprovação do termo de referência* pela autoridade competente;
(...)
§ 2º O *termo de referência* é o documento que deverá conter *elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado*, definição dos métodos, estratégia de suprimento, *valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado*, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, *deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato*, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Lei nº 10.520/2002

Art. 3º A *fase preparatória do pregão* observará o seguinte:
I - a *autoridade competente* justificará a necessidade de contratação e *definirá* o *objeto do certame*, as

exigências de habilitação, os *critérios de aceitação das propostas*, as *sanções por inadimplemento* e as *cláusulas do contrato*, inclusive com *fixação dos prazos para fornecimento*;

(...)

III – dos *autos do procedimento* constarão (...), bem como o *orçamento*, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

(...)

Art. 4º (...)

III - *do edital constarão* todos os *elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º*, as *normas que disciplinarem o procedimento* e a *minuta do contrato*, quando for o caso;

Lei nº 8.666/93

Art. 15. As *compras*, sempre que possível, deverão: (...)

V - balizar-se pelos *preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública*.

Jurisprudência do TCU

"9.3. determinar à Companhia de Eletricidade do Acre - Eletroacre que:

9.3.1. observe as seguintes disposições normativas relativas às licitações e contratos administrativos: (...)

9.3.1.8. confecção de projeto básico com base em estudos técnicos preliminares e nas necessidades da entidade, com vistas à aquisição de serviços de informática, de forma a permitir a caracterização correta e a definição do custo do objeto a ser contratado, a elaboração de orçamento detalhado, de livre acessibilidade pelos potenciais licitantes, e a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento (...);

(...)

9.3.1.13. Realização de ampla pesquisa de preços no mercado, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, definir os

recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes (...);"

(Acórdão nº 1182/2004 - Plenário)

"Nos termos da Lei 8.666/93, o projeto básico deve conter todas as informações e elementos necessários à perfeita descrição e visualização da obra a ser executada, permitindo se determine de antemão as soluções técnicas mas indicadas e os custos aproximados - art. 6º, inciso IX.

Por melhor e mais completo que seja o projeto básico, o nível de detalhamento não chega àquele de um projeto executivo - inciso X do mesmo artigo. Assim, é de se pressupor que pequenas adequações, em vista das condições efetivamente encontradas em campo, serão sempre necessárias.

Espelhando essa realidade, as normas que regem a elaboração de projetos indicam que as diferenças entre as estimativas constantes do projeto básico e a realidade encontrada e executada não devem ultrapassar 15%, em quantidades e/ou valor, e apenas excepcionalmente exigir alteração de solução técnica (a Resolução Confea nº 361/91, em seu art. 3º, alínea 'f', estabelece que o projeto básico deve permitir a determinação do custo da obra com precisão de 15%]. Com maior largueza, a Lei 8.666/93 permite sejam realizadas alterações que envolvam até 25% do valor do contrato.

Apesar de existir previsão de margem técnica e legal para que se possa proceder às adequações necessárias, dentro de limites considerados razoáveis, isso não quer dizer que a ocorrência ou a não ocorrência de alterações produza resultados indiferentes. É claro que modificações no projeto básico detêm sempre impacto negativo, proporcional, em regra, à dimensão e quantidade das alterações, quer seja, por exemplo, sobre a alocação de recursos materiais, sobre a previsão e fluxo de dispêndios, sobre a estimativa de prazos, ou ainda sobre o esforço gerencial da administração.

Especialmente em vista desses impactos, a administração deve sempre agir preventivamente, assegurando-se de que o projeto básico encontra-se bem elaborado, escoimado de erros e de deficiências graves.

(...) orçamento, detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários e fundado em quantitativos de serviços e fornecimentos, é elemento integrante do projeto básico, conforme art. 6º, inciso IX, alínea 'f', c/c art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93.

As principais funções de tal orçamento são duas: a de estimar o futuro dispêndio, para fins de execução orçamentária, e a de fornecer um parâmetro confiável (valor médio de mercado) para cotejo dos preços oferecidos pelos licitantes em suas propostas.

(...) quer tenha sido elaborado pela própria administração, quer tenha sido contratado junto a terceiros, o projeto básico representará, ao final, e sempre, o objeto pretendido pela administração. Ao homologar um projeto básico e, posteriormente, ao publicá-lo na licitação de uma obra, a administração estará assumindo que ele representa exatamente sua vontade, exatamente o que deve ser executado."

(Acórdão nº 1019/2007 - Plenário)

"A importância da realização de uma ampla pesquisa de preços no mercado e de uma correta estimativa de custos é inconteste, pois fornece os parâmetros para a Administração avaliar a compatibilidade das propostas ofertadas pelos licitantes com os preços praticados no mercado e verificar a razoabilidade do valor a ser desembolsado, afastando a prática de atos possivelmente antieconômicos.

O preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, e deve refletir adequadamente o preço corrente no mercado e assegurar efetivo cumprimento, dentre outros, dos princípios da economicidade e da eficiência. Ademais, um orçamento superestimado sinaliza aos licitantes um determinado patamar de preços e pode fazer com que a Administração venha a celebrar um contrato antieconômico."

(Acórdão nº 710/2007 - Plenário)

"9.3. Determinar à CGRL/MCT (Coordenação-Geral de Recursos Logísticos, da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Ciência e Tecnologia] que: (...)

9.3.13. instrua seus procedimentos licitatórios, sempre que possível, com a pesquisa de preços praticados nos outros órgãos/

entidades da Administração Pública, em especial com os valores registrados no SISPP - Sistema de Preços Praticados do Siasg e nas Atas de Registros de Preços da Administração Pública Federal, além das propostas apresentadas por empresas privadas, em obediência ao disposto no art. 15, inciso V, da Lei 8.666/93;"

(Acórdão nº 2400/2006 - Plenário)

"9.5. determinar à Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça e à Secretaria Nacional de Segurança Pública que, nas próximas licitações: (...)

9.5.8. nas pesquisas de preço para subsidiar procedimentos licitatórios, proceda a cotação abrangente das opções de mercado, inclusive considerando preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, conforme o disposto no art. 15, inciso V, da Lei nº 8.666/1993;"

(Acórdão nº 2406/2006 - Plenário)

"É lícito a administração pública efetuar pesquisas na internet e utilizar-se de editais de outros órgãos que já procederam outras licitações como referência para suas próprias."

(Acórdão nº 217/2007 – Segunda Câmara)

"A primeira questão suscitada pela representante diz respeito à ausência de critérios mínimos para a fixação do preço máximo dos servi- ços licitados, sem a divulgação, no edital, do orçamento previsto e do preço máximo a ser aceito pelo Banco (Banco do Brasil S.A.], o que impe- diria a formulação de propostas adequadas, competitivas e exeqüíveis.

A Lei nº 10.520/02, que institui o pregão, estabelece que a fase preparatória dessa modalidade de licitação observará a inclusão, nos autos do procedimento, dentre outros itens, do orçamento dos bens ou serviços a serem licitados (artigo 3º, inciso III).

O artigo 4º, inciso III, do mesmo diploma legal, determina que, do edital, deverão constar todos os elementos definidos na forma do inciso I do artigo 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso.

O supracitado inciso I do artigo 3º estabelece, por sua vez, que *'a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os*

critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento'.

Não se afigura cabível, portanto, defender a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93, uma vez que esta norma somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária e que, em relação a este tópico, a norma específica possui disciplinamento próprio, o qual afasta a Lei de Licitações e Contratos.

Na hipótese vertente, o Banco do Brasil afirmou que seus processos de compras e alienações contêm estimativas de preço elaboradas conforme a Lei. Ademais, a planilha de custos, individualizada por modalidade de cartão e cada componente de preço de materiais e serviços, estaria inserida no bojo do processo.

O fato dessa planilha ter sido inserida no edital sem o preenchimento dos valores não traduz prática que viola os dispositivos legais atinentes à matéria. Como visto, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.

Esse tem sido o entendimento exarado por este Tribunal em recentes decisões acerca da matéria, *ex vi* dos Acórdãos n.os 1.925/2006-Plenário e 201/2006-Segunda Câmara."

(Acórdão nº 114/2007 - Plenário)

"(...) torna-se indispensável examinar com mais minúcia a questão dos dois modelos de execução indireta de serviços mencionados em confronto com as correspondentes formas de remuneração.

Na contratação de execução indireta por meio de locação de mão-de-obra, o órgão contratante solicita que a empresa contratada coloque à sua disposição número certo de empregados para desenvolver, sob supervisão do órgão, atividades instrumentais ou complementares conforme por ele determinado. Em razão das características do modelo, a remuneração dos serviços, em geral, é feita por meio da quantidade de horas trabalhadas ou posto de trabalho alocado.

Já no caso da execução indireta por prestação de serviços, esclarece o parecer do MP/TCU que acompanhou a Decisão 569/96 - Plenário, a entidade contrata a empresa para realizar uma atividade-meio, por sua conta e risco, interessando à entidade tomadora dos serviços o resultado, i. e. o produto, a tempo e modo, independentemente de quais ou quantos funcionários a empresa contratada empregou. Nesse contexto, é redundante dizer que o modelo permite que se efetue a remuneração da contratada por meio da mensuração dos resultados alcançados.

Percebe-se que as formas usuais de remuneração da locação de mão-de-obra (horas trabalhadas e posto de trabalho) acarretam desvantagens para a Administração. Em primeiro lugar, porque permitem que se remunere a contratada pela mera disponibilização de pessoal, e não pelas horas efetivas de trabalho. Em segundo lugar e mais relevante, esse modelo possibilita a ocorrência daquilo que denomino ‘paradoxo do lucro-incompetência’, ou seja, quanto menor a qualificação e capacitação dos prestadores do serviço, maior o número de horas necessário para executar o serviço contratado e, portanto, maior o custo para a Administração-contratante e maior o lucro da empresa contratada (v. Acórdãos 1.558 e 1.937/2003 - Plenário). Por fim, como registrado no Relatório das Contas do Governo do exercício de 2001 pelo eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, o modelo dificulta o controle efetivo sobre a execução de serviços terceirizados, consoante verificado em contratos celebrados no âmbito do Ministério da Educação.

De seu turno, a contratação de prestação de serviços é mais vantajosa para o órgão ou entidade contratante, porque permite que a remuneração da contratada se dê com base na entrega do produto requerido. Assim, a Administração paga somente pelos serviços efetivamente realizados e aderentes às suas especificações, aferidos segundo padrões e métricas previamente estabelecidos. Por conseguinte, evita-se o desperdício de recursos públicos, favorecesse um controle mais eficaz e aumenta-se a chance de obtenção tempestiva dos resultados pretendidos.

Por essas razões, entendo que, no caso em exame, o MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior] deva dar prioridade à contratação de execução indireta por meio de prestação de serviços em detrimento de locação de mão-de-obra.

Ou seja, deve-se restringir a utilização da locação de mão-de-obra somente àquelas modalidades de serviço cujas características não permitam a execução mediante prestação de serviços. Nas hipóteses em que ambos os modelos forem aplicáveis, a preferência deve sempre recair sobre a prestação de serviços, tendo em vista as vantagens oferecidas por essa forma de contratação de execução indireta de serviços.

A partir da discussão supra, chega-se naturalmente à conclusão de que as vantagens da contratação de execução indireta por prestação de serviços se concretizam de maneira efetiva quando o modelo é vinculado à remuneração da empresa contratada por meio da mensuração de resultados, abandonando-se a possibilidade de pagamento por horas gastas na execução das atividades ou por postos de trabalho.

Para que o MDIC possa implantar um sistema de remuneração eficaz com base na mensuração de resultados, é necessário que se estabeleçam a metodologia de mensuração e o instrumento para controle dos serviços de informática prestados.

A metodologia de mensuração deve ser definida com base nas peculiaridades de cada serviço e deve ser adaptada à forma de trabalho do órgão contratante. Assim, embora não haja meios de se indicar uma metodologia predefinida, é possível estabelecer, sem exaurir a matéria, alguns pontos básicos a serem observados em sua elaboração, a saber:

a) a fixação de critérios de mensuração dos serviços prestados, incluindo as métricas e formas de mensuração adotadas;

b) a fixação de critérios de aferição da adequação do serviço à especificação e à qualidade esperada com vistas à aceitação e pagamento;

c) a utilização de um instrumento de controle, consistente no documento geralmente denominado ‘ordem de serviço’ ou ‘solicitação de serviço’;

d) a previsão de acompanhamento e fiscalização concomitantes à execução para evitar distorções na aplicação dos critérios.

(...) nos casos em que a única opção viável for a remuneração de serviços por horas trabalhadas, também devem ser observadas as orientações acima e, ainda:

a) prever-se, no documento de controle dos serviços, campo para indicação do valor máximo de horas aceitável para a realização de de-terminada atividade e da metodologia utilizada para quantificação desse valor;

b) acompanhar e fiscalizar a execução também para evitar que o valor máximo de horas seja alcançado injustificadamente."

(Acórdão nº 667/2005 - Plenário)

1.5.1.2.2. Parcelamento do objeto

Lei nº 8.666/93

Art. 15. As *compras*, sempre que possível, *deverão*: (...)
IV - *ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado*, visando economicidade:

Lei nº 8.666/93

Art. 23 (...)
§ 1º As *obras, serviços e compras* efetuadas pela administração *serão divididas* em *tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis*, procedendo-se à licitação com vistas ao *melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado* e à *ampliação da competitividade*, sem *perda da economia de escala*.
§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a *cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra*, há de corresponder *licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação*.
(...)
§ 5º É *vedada* a utilização da *modalidade 'convite' ou 'tomada de preços'*, conforme o caso, para *parcelas de uma mesma obra ou serviço*, ou ainda para *obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local* que possam ser *realizadas conjunta e concomitantemente*, sempre que *o*

> *somatório de seus valores caracterizar* o caso de *'tomada de preços' ou 'concorrência'*, *respectivamente*, nos termos deste artigo, *exceto* para as *parcelas de natureza específica* que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.
> (...)
> § 7º Na *compra de bens de natureza divisível* e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é *permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação*, com vistas a ampliação da competitividade, *podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala*.

Súmula TCU nº 247

É *obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global*, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, *desde que não haja* prejuízo para o conjunto ou complexo ou *perda de economia de escala*, tendo em vista o objetivo de propiciar a *ampla participação de licitantes* que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a *itens ou unidades autônomas*, *devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade*.

Jurisprudência do TCU

"A equipe de auditoria entendeu que havia fracionamento de despesas porque no exercício de 2000 foram realizados cinco procedimentos licitatórios, e no exercício de 2001 foram realizados oito, todos na modalidade Convite e para a aquisição de açúcar e leite em pó (para entrega em escolas).

Acontece que a realização de vários procedimentos em um exercício não caracteriza, por si só, o fracionamento indevido da despesa, o qual somente ocorre quando não se preserva a modalidade pertinente para o total de aquisições do exercício.

(...) no caso concreto, verifico que as aquisições impugnadas ultrapassaram, em cada exercício, o limite previsto no inciso II do art. 22 do Estatuto de Licitações, de forma que não foi correta a aquisição na modalidade Convite, pois deveria ter sido utilizada a modalidade Tomada de Preços.

A falta de planejamento também resta evidente quando se verifica que houve a realização de até duas licitações em determinado mês para a aquisição do mesmo objeto, quando não havia óbices em realizar somente um certame com entregas parceladas. Essa falta de planejamento, acarretando a realização de certames licitatórios desnecessários, pode ter contribuído para o verificado desabastecimento nas escolas, em razão de eventuais atrasos nos processos de compras."

(Acórdão nº 82/2005 - Plenário)

"(...) o § 1º do art. 23 da Lei de Licitações estabelece a obrigatoriedade do parcelamento do objeto da licitação, mas desde que preenchidas determinadas condições.

Primeiro, deve haver viabilidade técnica e econômica de se parcelar o bem ou serviço a ser contratado, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade. Contudo, o favorecimento à competição deve ocorrer sem que haja perda da economia de escala, de forma a propiciar efetiva vantagem para a Administração. Isso porque não é razoável o parcelamento na hipótese de acarretar acréscimo no valor a ser contratado."

(Acórdão nº 306/2005 - Plenário)

"(...) uma vez viável técnica e economicamente, deverá a Administração parcelar o objeto de modo a melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade do certame, sem prejuízo da economia de escala. O parcelamento do

objeto, por sua vez, implica a realização de uma licitação distinta para cada fração do objeto. Não se quer dizer que a cada fração do objeto deverá corresponder edital distinto. Poder-se-á no âmbito de um único edital realizar as licitações das frações mediante o estabelecimento objetivo dos critérios de partição do objeto."

(Acórdão nº 987/2007 - Plenário)

"(...) o art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93 traz permissão para a adoção de ambas as alternativas suscitadas (realização de uma única licitação com adjudicação por itens ou realização de licitações distintas), deixando à discricionariedade do gestor escolher a opção mais conveniente. Não obstante esse aspecto, foi observado pela unidade técnica que a realização de seis licitações distintas traria vantagens à Administração, uma vez que os problemas ocorridos em um certame, como a paralisação em face da interposição de recursos, não afetariam os demais e, conseqüentemente, evitar-se-ia que o Ministério (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior] corresse o risco de ver obstaculizada a prestação da totalidade dos serviços.

Essas considerações levaram a unidade técnica a propor determinação no sentido de que a SPOA (Secretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior] proceda à adjudicação por itens ou realize licitações distintas, tendo em vista a possibilidade técnica e econômica de divisão do objeto.

(...) É provável, assim, que um maior número de competidores acorra ao certame, o que poderá tornar mais complexo o processamento da licitação e aumentar a probabilidade de atrasos em sua conclusão. Portanto, seria mais vantajoso para o Ministério realizar licitações independentes, de modo que, à medida que cada certame fosse concluído, o respectivo contrato poderia entrar em execução sem ser prejudicado pelas delongas ocorridas nas demais licitações.

(...) É certo que, havendo a viabilidade de divisão do objeto licitado, a Lei de Licitações confere discricionariedade ao gestor para que ele escolha entre uma das possibilidades previstas em seu art. 23, §§ 1º e 2º, ou seja, a realização de licitação única com adjudicação por itens ou a promoção de uma licitação distinta para cada item do objeto. Todavia, há que se reconhecer que existem

situações em que, não obstante a margem de liberdade concedida pela lei, as circunstâncias direcionam a decisão do gestor para uma única opção, tornando forçosa a adoção de um único comportamento administrativo. Essa é a lição ministrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao asseverar que:

'A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas i*n abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade.

(...) Com efeito, casos haverá em que, para além de dúvidas e entredúvidas, qualquer sujeito de intelecção normal, razoável, poderá depreender (e assim também, a fortiori, o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado discrição, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato.' (*in* Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 453-454]

Penso que seja esse precisamente o caso. Como já anotei acima, é provável que a licitação promovida em substituição à Concorrência 01/2005 venha a ter um processamento complexo devido à potencial ampliação da competitividade e ao número de modalidades de serviços licitadas (seis itens: sistemas, redes, organização administrativa, suporte a usuários, suporte à produção e bancos de dados], o que irá envolver extensa análise de documentos e maior probabilidade de haver questionamentos de concorrentes. Se houver algum percalço no processamento de um item, todo o desenvolvimento do certame será prejudicado, ocorrendo as conseqüências negativas já indicadas nos parágrafos precedentes. É por isso que a realização de uma licitação independente para cada uma das modalidades de serviço componentes do objeto afigura-se em medida mais adequada às circunstâncias."

(Acórdão nº 667/2005 – Plenário)

"1. quanto à contratação de serviços técnicos de informática (assistência técnica, treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria) para o ambiente Microsoft:

1.1. deve obrigatoriamente ser precedida de licitação, ante a comprovada viabilidade de competição nessa área, e as licitações devem ser distintas das utilizadas para a aquisição das licenças de software, conforme a jurisprudência deste Tribunal (...);

1.2. os serviços de treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria devem ser especificados, licitados e contratados separadamente dos demais serviços técnicos, utilizando-se o parcelamento ou a adjudicação por itens como forma de obtenção do melhor preço entre os licitantes (...);

1.3. os requisitos de qualificação técnica para contratação desses serviços devem necessariamente ser distintos para cada espécie de serviço a ser contratado e diferenciados daqueles utilizados para a contratação de licenças de software, vez que estes últimos são, em regra, mais simples;"

(Acórdão nº 1521/2003 - Plenário)

"A restrição à competitividade adveio do agrupamento, em um mesmo lote, de periféricos, mídias, suprimentos de impressão e, até mesmo, de material de papelaria, exigindo-se que o licitante devesse cotar preços para todos os itens do lote, sob pena de desclassificação. Difícil conceber, portanto, como tal condição não importaria no afastamento, do certame, de vários potenciais fornecedores (*e.g.*, papelarias, fabricantes de cartuchos para impressoras ou de mídias, importadores de periféricos), que, embora operassem com parte dos objetos, não estivessem aptos a fornecer a totalidade destes. A limitação, aliás, findou por realizar-se na prática, já que, embora cerca de oitenta empresas hajam retirado o edital, apenas duas licitantes apresentaram propostas para o lote 2 e apenas uma para o lote 1. Não me resta dúvida acerca da forte restrição à competitividade, em concreto, no caso em tela.

As respostas às impugnações a tal condição do instrumento convocatório, padronizadas e genéricas, não lograram justificar a necessidade do agrupamento em lotes como feito. As razões apresentadas na nota de esclarecimento elaborada pelo pregoeiro, atinentes à exigüidade do prazo para suprir necessidades prementes

dos materiais, o que impediria a realização de diversos processos licitatórios, também não legitimam a forma como foi promovido o pregão, haja vista a possibilidade, há muito preconizada pelo Tribunal (vide enunciado 247 da Súmula de Jurisprudência predominante do TCU), de promover-se um único certame, prevendo a adjudição por itens."

(Acórdão nº 2401/2006 - Plenário)

"É inegável a importância do sistema Afis (Sistema Automatizado de Identificação de Impressões Digitais] para as atividades inerentes às competências do DPF (Departamento de Polícia Federal/ MJ], bem como imprescindível se faz a manutenção desse sistema, a fim de que suas funcionalidades estejam prontamente disponíveis à realização das consultas requeridas pelos órgãos policiais e de segurança pública.

(...) questão adjacente, mas importante, refere-se à hipótese de que parte dos serviços somente possam ser executados pela empresa Iafis, que comercializa o sistema e representa a empresa Sagem, desenvolvedora do produto, como por exemplo aqueles que requeiram o acesso aos códigos-fonte dos softwares. Caracterizada essa situação técnica, seria possível concluir que a contratação desses serviços se daria por meio de processo de inexigibilidade de licitação, dada a inviabilidade de competição, conforme alegado pela Ditec/DPF. Obviamente que nem todo o serviço objeto do edital revogado se enquadra nessa situação, como bem demonstram os analistas deste Tribunal.

Nesse caso, considerando as disposições do edital revogado, seria factível concluir que apenas uma única empresa teria condições de concorrer na licitação anteriormente lançada e, por conseguinte, nenhuma outra empresa seria capaz de prestar quaisquer dos serviços de natureza divisível presentes naquele edital - e que poderiam ser adjudicados separa-damente, como manutenção de hardware e substituição de peças defeituosas, criação de novas bases de dados, novos relatórios, manutenção do sistema de refrigeração ambiente, de nobreak e programação adptativa - nem se interessaria em ofertar propostas, contraditando o objetivo último da licitação, que é a seleção da proposta mais

vantajosa, escolhida num ambiente concorrencial, com observância aos princípios como da isonomia e da igualdade no estabelecimento das condições editalícias de participação.

Esses serviços, de fato, não guardam relação inseparável com o núcleo patenteado do sistema, de propriedade da empresa Sagem, podendo ser licitados em separado. Nessas condições, haveria chances muito maiores de acudirem diversos interessados na prestação dos serviços que, se bem especificados no edital, projeto básico e no contrato, poderão ser realizados com a qualidade e eficiência requeridas para o funcionamento do sistema e muito provavelmente a custos menores do que aqueles porventura apresentados por uma única e exclusiva licitante. As condições para tanto poderão ser objeto de detalhadas especificações e do estabelecimento de condições que garantam a eficiência na prestação dos serviços e o seu relacionamento com o ambiente físico e operacional do Sistema Afis, conforme aduzido pela unidade técnica especializada.

Outrossim, considerando a aparente dependência em relação à empresa fornecedora do Sistema Afis, eleita pelo DPF como a única capaz de realizar certos serviços de manutenção e programação, é de todo recomendável que já a partir deste momento a Ditec/DPF se preocupe em iniciar o processo de absorção de conhecimento técnico do sistema, por meio da previsão, nos contratos que porventura venham a ser firmados posteriormente com essa empresa, de obrigação de fornecimento e detalhamento das atividades e documentos que dão suporte às manutenções preventivas, corretivas e adaptativas, de modo que possam ser facilmente especificadas posteriormente em eventual licitação para sua manutenção, sob pena de tornar-se eternamente refém dos serviços prestados pela fornecedora do produto hoje instalado na instituição e de sua representante exclusiva no Brasil.

(...) para futuras licitações que envolvam contratação de soluções em TI, com o fornecimento ou desenvolvimento de softwares utilizadores de bancos de dados de propriedade da instituição, entendo seja cabível determinação ao DPF para que faça inserir nos editais e contratos respectivos cláusulas que prevejam a transmissão de conhecimento acerca das ferramentas de desenvolvimento e manutenção utilizadas, especificações e documentação técnica produzida para a solução, conforme o caso,

bem como a migração das bases de dados e tabelas de propriedade da instituição para padrões abertos que possam ser reconhecidos por outros softwares não proprietários, de forma a evitar excessiva dependência tecnológica junto aos fornecedores contratados.”

(Acórdão nº 889/2007 - Plenário)

1.5.1.2.3. Indicação de marca

Lei nº 8.666/93

Art. 3º (...)

§ 1º É *vedado* aos agentes públicos:

I - *admitir, prever, incluir ou tolerar*, nos atos de convocação, *cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo* e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

Lei nº 8.666/93

Art. 7º (...)

§ 5º É *vedada* a realização de *licitação* cujo objeto inclua *bens e serviços sem similaridade ou de marcas*, *características e especificações exclusivas*, *salvo* nos casos em que for *tecnicamente justificável* (...).

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a *nulidade dos atos ou contratos realizados e* a *responsabilidade de quem lhes tenha dado causa*.

Lei nº 8.666/93

Art. 15 (...)

§ 7º Nas *compras* deverão ser observadas, ainda:

I - a *especificação completa do bem* a ser adquirido, *sem indicação de marca*;

Lei nº 8.666/93

Art. 15. As *compras*, *sempre que possível*, deverão:
I - atender ao *princípio da padronização*, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desem-penho, observadas, quando for o caso, as *condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas*;

Jurisprudência do TCU

"9.5. determinar à Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça e à Secretaria Nacional de Segurança Pública que, nas próximas licitações: (...)

9.5.9. abstenham-se, com base no art. 15, § 7º, I, da Lei nº 8.666/1993, de identificar a marca, exceto se sua indicação servir como parâmetro de qualidade e facilitar a descrição do objeto e desde que seguida, por exemplo, das expressões 'ou equivalente', 'ou similar' e 'ou de melhor qualidade', devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração;"

(Acórdão nº 2406/2006 - Plenário)

"Cuidam os autos de Representação autuada para apuração de irregularidades verificadas no Pregão Presencial nº 39/2004, promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), que teve como objeto a *'contratação de empresa para fornecimento de solução integrada de infra-estrutura tecnológica para as unidades do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social], na modalidade de locação pelo período de 48 meses, (...) compreendendo o fornecimento dos equipamentos, migração dos dados, instalação e configuração'.*

(...) No caso da especificação da marca Intel para os equipamentos (*'processador padrão Intel PENTIUM IV ou superior (dentro da linha Intel)'*], a justificativa dos responsáveis, de 'padronização' no âmbito da Dataprev, não procede, pois, mesmo que fosse considerada econômica a locação de equipamentos do tipo LCD-PC, haveria outros fabricantes de processadores reconhecidos no mercado

capazes de atender às necessidades da entidade. A explícita indicação de marca serviu, tão-somente, para limitar a determinados fornecedores o tipo de equipamento a ser contratado, sem que houvesse ganho técnico justificável em prol da entidade."

(Acórdão nº 481/2007 - Plenário)

"(...) é legítima a exigência em edital de que os cartuchos de impressora a serem fornecidos pelo licitante, originais ou similares, sejam de primeiro uso, e, por conseguinte, não admitindo ele que sejam fornecidos cartuchos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, sem que isso figure preferência por marca ou restrição prejudicial ao caráter competitivo do certame, haja vista a existência de grande número de fornecedores de varejo ou atacado em condições de participação no certame.

(...) a própria ata do pregão demonstra a existência de diversos concorrentes que apresentaram produtos do tipo original novo e similar, também novo, de forma que a decisão de não adquirir produto recondicionado, em se tratando dos cartuchos de impressora objeto da licitação em tela, não significaria o direcionamento da licitação para a marca original, já que existiam produtos similares no mercado, ou seja, de outros fabricantes, que igualmente atenderiam à condição de produto novo, de primeiro uso.

Com efeito, irregular foi a vedação à apresentação de produto similar, ao se estabelecer que não seriam adquiridos cartuchos compatíveis, o que, na redação constante do edital, à primeira vista, pareceu referir-se a cartucho recondicionado ou compatível com esse (remanufaturado ou recarregado), mas na prática resultou na desclassificação das empresas que apresentaram propostas de cartucho novo, de primeiro uso, porém produzido por fornecedor diferente do fabricante dos equipamentos (similar ao original). Não obstante serem eles compatíveis com a especificação original do produto, como se dessume dos documentos, não foram apresentadas justificativas técnicas suficientes a demonstrar a imprescindibilidade de serem adquiridos cartuchos produzidos pelo próprio fabricante dos equipamentos a que se destinam, ou seja, originais da marca.

Entretanto, sopesando o fato de que o certame contou com ampla participação de concorrentes (15 licitantes cotaram o produto

original Lemark), e considerando a baixa materialidade dos valores envolvidos na aquisição (estimado inicialmente em R$ 19.792,00, posteriormente, após lances, aceito e negociado a R$ 11.198,88), bem como a efetiva entrega e pagamento dos produtos, ocorrida no exercício passado, creio sejam adequadas as providências alvitradas pela unidade técnica no sentido de se evitar futuras ocorrências como a verificada, mediante a expedição de determinações. Ademais, há que se levar em consideração, ainda, a ausência de indício de má-fé na especificação dos produtos adquiridos, com o fito de conduzir ao direcionamento da licitação."

(Acórdão nº 1354/2007 – Segunda Câmara)

1.5.1.3. Parecer da assessoria jurídica

Lei nº 8.666/93

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de *processo administrativo* (...), *ao qual serão juntados* oportunamente: (...)
VI - *pareceres* técnicos ou *jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade*;
(...)
Parágrafo único. As *minutas de editais* de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser *previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*.

Jurisprudência do TCU

"A punição de servidores pela emissão de pareceres jurídicos é questão que ainda não está pacificada. O Supremo Tribunal Federal, no precedente citado pela unidade técnica (MS 24.073/DF), deferiu a ordem para determinar ao Tribunal de Contas da União a exclusão dos impetrantes do rol de responsáveis. A questão voltou a ser discutida no MS-24.584/DF, ainda pendente de deliberação. O Voto

do Relator, Ministro Marco Aurélio, é pela possibilidade de punição em determinadas situações.

No âmbito desta Corte de Contas, há o entendimento de que o precedente do STF impõe-se apenas no caso concreto, não vinculando esta Corte de Contas."

(Acórdão nº 1116/2004 - Plenário)

"(...) o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos. Aduzo que o parecer jurídico emitido nessas circunstâncias não possui um caráter meramente opinativo, como se depreende da leitura do seguinte trecho do Voto do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Farias de Mello, proferido quando do julgamento do MS nº 24.584/DF: 'a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo'.

(...) o gestor público, quando discordar dos termos do parecer jurídico cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância."

(Acórdão nº 147/2006 - Plenário)

"Não é razoável, *prima facie*, a alegação de impossibilidade de responsabilização do advogado, no exercício de sua profissão, em todos os casos, já que amparado pela inviolabilidade de seus atos e manifestações, nos limites da Lei 8.906/94. O apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso concreto, na estrita verificação da fundamentação do parecer, já que este, muitas vezes, é o primeiro passo para o cometimento de crimes contra a Administração Pública, expondo hipóteses absolutamente desvinculadas dos casos concretos, com desiderato certo, dolosamente imbuído do intuito de beneficiar ou prejudicar contratante.

Evidentemente, não é esta a hipótese se o parecer está devidamente fundamentado, se ele defende tese jurídica pelo menos

aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência consistente. Presentes tais condições, não há como responsabilizar o advogado (...)."

(Acórdão nº 1427/2003 – Primeira Câmara)

"(...) não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes ao gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração."

(Acórdão nº 19/2002 - Plenário)

"Quanto ao (...) fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos elaborados por engenheiros da área de engenharia portuária e por pareceres jurídicos elaborados pela procuradoria do órgão (Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes], cabendo a ele apenas agir como agente operador, cabe consignar que o argumento invocado não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a este cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Esta Corte evoluiu o seu posicionamento no sentido de que tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. Presentes tais condições, não há como responsabilizar os técnicos e os advogados, nem, em conseqüência, a autoridade que se baseou em seu parecer.

Ao contrário, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei o considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes, os advogados ou os técnicos deverão responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular, mas em hipótese alguma será afastada a responsabilidade

pessoal do gestor, razão pela qual não assiste razão ao recorrente em relação a tal argumento."

(Acórdão nº 206/2007 - Plenário)

"O Sr. Mamede Fernandes Dantas (Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Japaratuba/PE] foi ouvido em audiência em virtude de haver emitido 'parecer favorável ao prosseguimento do Convite nº 047/2002 com (...) direcionamento do objeto a ser contratado (...), contrariando o disposto nos §§ 5º e 6º, art. 7º, da Lei nº 8.666/93'.

(...) a jurisdição do Tribunal de Contas da União vem estabelecida no art. 5º de sua Lei Orgânica, a qual abrange todo aquele que utilize, arrecade, gerencie, guarde ou administre bens, dinheiros e valores públicos, bem como 'aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário' (art. 5º da Lei nº 8.443/1992).

Da análise dos documentos constantes dos autos, não foi verificada a existência de dano aos cofres públicos federais, mas sim a prática de atos contrários às normas legais, que ensejaram a apenação de alguns responsáveis.

Dessa forma, (...) entendo que, no caso concreto, não deve ser aplicada multa ao Sr. Mamede Fernandes Dantas, em virtude de não integrar o quadro de servidores do Município de Japaratuba - SE e em razão de a irregularidade inserida em seu parecer não haver causado dano ao Erário, condição *sine qua non* para verificar a jurisdição do TCU e, por conseqüência, abranger toda e qualquer pessoa física, órgão ou entidade (art. 5º, I e II, da Lei nº 8.443/1992)."

(Acórdão nº 68/2004 - Plenário)

1.5.2. Fase externa

1.5.2.1. Habilitação

Lei nº 8.666/93

Art. 43. A *licitação* será *processada e julgada* com observância dos *seguintes procedimentos*:

I - *abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação* dos concorrentes, e sua apreciação;
II - *devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados*, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

Constituição da República

Art. 37 (...)
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo de licitação pública* que assegure *igualdade de condições a todos os concorrentes* (...), o qual somente permitirá as *exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*.

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O *edital* (...) indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
VI - *condições para participação na licitação*, *em conformidade com os artigos 27 a 31 desta Lei*, e forma de apresentação das propostas;

Lei nº 8.666/93

Art. 27. Para a *habilitação* nas licitações exigir-se-á dos interessados, *exclusivamente*, documentação relativa a:
I – habilitação jurídica;
II – qualificação técnica;
III – qualificação econômico-financeira;
IV – regularidade fiscal;
V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Constituição da República

Art. 7º São *direitos dos trabalhadores* urbanos e rurais (...):
XXXIII - *proibição* de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e *de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos*, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Jurisprudência do TCU

"(...) assiste razão à Unidade Técnica ao concluir que não há previsão legal que permita inabilitar empresa cujo sócio tenha participação em concessionária inadimplente junto à Infraero (Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária], na medida em que as sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, constantes dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, são aplicáveis à pessoa jurídica responsável pela inexecução contratual e não às pessoas físicas que a constituem.

Além disso, para habilitação de interessado em participar de licitação só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos, onde não há menção à necessidade de comprovação de que a empresa não tenha entre seus sócios participante de outra entidade que esteja em situação de inadimplência em contratação anterior com a Administração Pública."

(Acórdão nº 991/2006 - Plenário)

"Cuidam os autos de Representação (...) versando sobre diversas irregularidades presentes no Edital do Pregão Presencial nº 7/2006, conduzido pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de agenciamento de viagens, compreendendo o fornecimento de passagens aéreas, reservas, marcação e remarcação de bilhetes, bem como qualquer tarefa associada a esses procedimentos.

Segundo a representante, o edital do pregão supracitado contempla ilegalidades restritivas ao caráter competitivo do certame, consistentes, em síntese, na: (...)

b) assinatura de contrato condicionada à apresentação de certidão negativa de ilícitos trabalhistas, de certidão negativa de débito salarial e de certidão negativa do órgão estadual competente de defesa do consumidor;

(...) A apresentação de certidão negativa de ilícitos trabalhistas e de certidão negativa de débito salarial encontra-se fixada nos itens 7.32 e 7.33 do anexo A do edital. O TCU, em diversas oportunidades, considerou ilegal a exigência de tais documentos como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, por não estarem contemplados nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (*verbi gratia*, Decisão nº 792/2002-Plenário; Decisão nº 1.140/2002-Plenário; Acórdão nº 2.521/2003-Primeira Câmara; Acórdão nº 2.783/2003-Primeira Câmara; Acórdão nº 1.355/2004-Plenário; Acórdão nº 36/2005-Plenário; Acórdão nº 697/2006-Plenário; Acórdão nº 1.844/2006-Primeira Câmara; Acórdão nº 1.979/2006-Plenário).

Todavia, verifica-se que os aludidos dispositivos editalícios não exigem a apresentação de tais documentos na fase de habilitação, mas para efeito de assinatura de contrato.

A exigência, conforme alega o Pregoeiro, tem respaldo no Enunciado nº 331/TST (item IV) e tem por fim a segurança jurídica, resguardando a Administração de possíveis problemas futuros com causas trabalhistas. É louvável a preocupação do administrador público, que visa, com tal exigência, evitar que a União seja condenada subsidiariamente ao pagamento de eventuais débitos trabalhistas devidos pela empresa que lhe presta serviços, notadamente considerando que alguns funcionários da contratada irão labutar nas instalações da entidade contratante.

Entretanto, a nosso ver, tais certidões não são suficientes para resguardar a Administração, pois referem-se a fatos passados. A ausência de imputação de ilícitos trabalhistas ou débitos salariais à empresa não indica necessariamente que isso não venha ocorrer *a posteriori*, durante a execução do contrato. Débitos anteriores da contratada com antigos empregados não vinculam a Administração contratante, haja vista que a responsabilidade subsidiária há que

ser atribuída em razão do inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato com a Administração.

No processo TC 005.290/2005-2, o TCU apreciou representação sobre ação trabalhista movida por ex-empregada de empresa que prestou serviços ao Banco do Brasil, cuja sentença resultou na condenação do Banco ao pagamento subsidiário de verbas laborais devidas pela contratada. Naquela oportunidade, a Primeira Câmara do Tribunal, ao considerar que o Judiciário Trabalhista vem refutando, por inconstitucionalidade, o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, deliberou por determinar à empresa estatal que fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade

(Acórdão nº 1.844/2006-Primeira Câmara).

Nesse contexto, entendemos que a exigência prévia de apresentação das referidas certidões como condição para assinatura do contrato constitui medida inócua, desprovida de legalidade. Sem embargo, cabe à Agência licitante, por ocasião da execução contratual, fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, nos termos do Acórdão referido.

No mesmo sentido, é incabível a exigência de certidão negativa emitida pela secretaria estadual competente de defesa do consumidor (item 7.34 do anexo A do edital), por absoluta falta de amparo legal, constituindo restrição ao caráter competitivo do certame (art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei nº 8.666/93). Tampouco se justifica sua exigência para efeito de certificar a qualificação técnica da empresa, conforme alegou o pregoeiro. A capacitação técnica operacional há que ser cobrada na fase de habilitação, por meio de comprovação de experiência anterior, nos termos do art. 30 da Lei nº 8.666/93, conforme estabelecido no item 7.8, letra ‘d’, do edital, e não mediante a mencionada certidão.”

(Acórdão nº 112/2007 - Plenário)

“Cuidam os autos de Representação (...) contra o edital da Concorrência nº 001/2006, do tipo técnica e preço, em realização na Caixa Econômica Federal, cujo objeto é a contratação de empresas

especializadas para a prestação de serviços técnicos de informática, compreendendo dez itens, divididos em duas categorias (contratação em uma categoria impede a contratação da mesma empresa na outra): 'Processo de Desenvolvimento, Manutenção e Programação' e 'Processo de Suporte e Aferição de Qualidade'.

(...) Preliminarmente, devo ressaltar que o ajuste que vier a ser celebrado pela Caixa com a empresa que se sagrar vencedora da Concorrência nº 001/2006 alinha-se ao modelo de licitação e contratação de serviços de informática que, no entendimento do Tribunal, melhor atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, às necessidades dos órgãos da Administração Pública Federal nessa área.

Refiro-me, especificamente, à contratação de serviços na modalidade 'fábrica de software', adotada na Concorrência nº 001/2006 pela Caixa, que segue o conceito defendido no Acórdão nº 786/2006 - Plenário, no qual o enfoque se desloca da simples alocação de mão -de-obra - com o pagamento simplesmente por horas-trabalhadas ou por horas de disponibilidade de pessoal - para a mensuração dos resultados ou produtos solicitados e realizados pela contratada.

(...) ao serem concedidos pontos a empresas que possuem sede ou filial em determinadas cidades, concede-se vantagem em decorrência de localização, o que é vedado, à vista do dispositivo transcrito no item precedente (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993], com prejuízo à isonomia que deve haver entre os concorrentes. Embora pudesse ser, em tese, tecnicamente justificável a preferência da Caixa pela concessão de pontos às empresas que possuíssem fábrica de software em Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo, não vejo como o Tribunal pode estabelecer exceção para o caso de sede ou filial nesses municípios, levando-se em conta que tal situação não encontra consonância com o texto da lei.

Considerando que a pontuação no caso sob exame está, na forma como se encontra o edital da Concorrência nº 001/2006, prevista para ser concedida à existência de sede ou filial em determinadas localidades, verifico o enquadramento da situação na vedação prevista no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, que não pode ser relevada nem mesmo quando se trata de contratação na forma de fábrica de software. Logo, faz-se necessário dirigir determinação

à Caixa para que exclua do novo edital da licitação os quesitos de pontuação técnica que conferem pontos às empresas que possuem sede ou filial em Brasília, no Rio de Janeiro ou em São Paulo.

Não há óbice, no entanto, tendo em vista os argumentos técnicos expendidos pela Secretaria de Tecnologia da Informação deste Tribunal (Setec/TCU) no âmbito do TC 003.674/2004-3, apreciado por meio do Acórdão nº 1.094/2004 - Plenário, de que seja exigida, apenas das futuras contratadas, sede, filial ou estrutura de fábrica de software nas localidades indicadas pela Caixa, desde que tecnicamente justificável. Assim, garante-se a qualidade no atendimento esperado pela entidade, pela proximidade física com a empresa prestadora dos serviços, sem que se estabeleça indevida condição editalícia que discrimine os participantes que não detenham esse tipo de instalação previamente à contratação, com prejuízo à isonomia da concorrência."

(Acórdão nº 26/2007 - Plenário)

1.5.2.1.1. Habilitação jurídica

Lei nº 8.666/93

Art. 28. A documentação relativa à *habilitação jurídica*, conforme o caso, consistirá em:

I - *cédula de identidade*;

II - *registro comercial*, no caso de *empresa individual*;

III - *ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor*, devidamente registrado, em se tratando de *sociedades comerciais*, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do *ato constitutivo*, no caso de *sociedades civis*, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

1.5.2.1.2. Regularidade fiscal

Lei nº 8.666/93

Art. 29. A documentação relativa à *regularidade fiscal*, conforme o caso, consistirá em:
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
II - prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - prova de *regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante*, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - prova de *regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)*, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Lei nº 10.520/2002

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)
XIII - a *habilitação* far-se-á com a verificação de que o licitante está em *situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS*, e as *Fazendas Estaduais e Municipais*, *quando for o caso*, com a comprovação de que atende às *exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira*;
XIV - os *licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf* e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

Decreto nº 5.450/2005

Art. 14. Para *habilitação* dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:
I - à habilitação jurídica;
II - à qualificação técnica;
III - à qualificação econômico-financeira;
IV - à *regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS*;
V - à *regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso*; e
VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.
Parágrafo único. *A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF* ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

Lei nº 5.172/66

(Código Tributário Nacional)

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que contratante ou proponente faça *prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre*.(...)
Art. 205. A lei poderá exigir que a *prova da quitação de determinado tributo*, quando exigível, seja feita por *certidão negativa*, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias

à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os *mesmos efeitos* previstos no artigo anterior a *certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa*.

Lei nº 5.172/66
(Código Tributário Nacional)

Art. 151. *Suspendem a exigibilidade* do crédito tributário:

(...)

III - as *reclamações* e os *recursos*, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

(...)

VI - o *parcelamento*.

Constituição da República

Art. 195 (...)

§ 3º A *pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social*, como estabelecido em lei, *não poderá contratar com o Poder Público* nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Lei nº 9.012/95

Art. 2º As *pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços* ou realizar transação comercial de compra e venda *com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica*

e fundacional, bem como *participar de concorrência pública*.

Lei nº 8.666/93

Art. 32 (...)
§ 1º A *documentação* de que tratam os artigos 28 a 31 desta Lei *poderá ser dispensada*, no todo ou em parte, nos casos de *convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão*.

Lei nº 8.666/93

Art. 55. São *cláusulas necessárias em todo contrato* as que estabeleçam: (...)
XIII - a *obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato*, compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, *todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação*.

Lei nº 8.666/93

Art. 78. Constituem *motivo para rescisão do contrato*:
I - o *não cumprimento de cláusulas contratuais*, especificações, projetos ou prazos.
(...)
XVIII – *descumprimento do disposto no inciso V do art. 27*, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.
(...)
Art. 79. A *rescisão do contrato* poderá ser:
I – determinada *por ato unilateral e escrito da Administração*, nos casos enumerados nos *incisos I a XII e XVII do artigo anterior*;
II – amigável, por acordo entre as partes (...);
III – judicial, nos termos da legislação;
Art. 80. A *rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior* acarreta as seguintes *conseqüências*, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...)

IV – *retenção dos créditos decorrentes do contrato* até o *limite dos prejuízos causados à Administração*.

Lei nº 8.666/93

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)
XI – *Administração Pública* – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...);
XII - *Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente*;

Jurisprudência do TCU

"(...) o responsável (Diretor-Presidente da Codesp] considera não ter havido restrição ao caráter competitivo do certame (tinha por objeto a construção de 2 prédios de 2 pavimentos, situados na faixa portuária]. Em seu entender, ao ser exigida prova de regularidade fiscal também nos âmbitos estadual e municipal (cláusula 4.1.1 do edital da Tomada de Preços nº 10/2001), nem o ITBI nem o IPVA poderiam ser excluídos da exigência.

(...) entendo que não há restrição ao caráter competitivo da licitação na exigência de regularidade fiscal quanto a quaisquer impostos, tendo em conta que a Lei de Licitações e Contratos, no inciso III do art. 29, é clara ao dispor que, na habilitação, o licitante será requerido a provar pontualidade para com as Fazendas federal, estadual e municipal, onde, evidentemente, incluem-se todos os tributos."

(Acórdão nº 310/2003 - Plenário)

"8.1.determinar à Imprensa Nacional que: (...)

d) abstenha-se de exigir, como condição para habilitação em licitações, documentação de regularidade fiscal além daquela estabelecida pelo art. 29 da Lei no 8.666/93, atentando para que não seja exigida prova de quitação com a fazenda pública, a seguridade

ou o FGTS, mas sim de regularidade, conforme determina o dispositivo legal;"

(Decisão nº 792/2002 - Plenário)

"9.5 - determinar ao Conselho Regional de Química da 5ª Região que: (...)

9.5.3 - observe o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, que exige comprovante de regularidade com o INSS e o FGTS de todos aqueles que contratam com o poder público, inclusive nas contratações realizadas mediante convite, dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo quando se tratar de compras para pronta entrega (...);"

(Acórdão nº 1467/2003 – Plenário)

"9.2 conhecer (...) do Recurso de Reconsideração interposto pelos Serviços Social da Indústria - SESI e Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI para, no mérito, dando-lhe provimento parcial, alterar a redação do subitem 8.5 do Acórdão recorrido, que passa a ter o seguinte teor:

'8.5 determinar ao Conselho Nacional do Serviço Social do Comércio - SESC que promova a devida alteração na Resolução/SESC nº 1.012, de 25/09/2001, a fim de adequá-la ao princípio constitucional da igualdade, ínsito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, no que concerne à exigência da comprovação de regularidade fiscal nas licitações efetuadas pela entidade, exceto nos casos de concurso, leilão e concorrência para alienação de bens (...)';"

(Acórdão nº 1287/2004 – Plenário)

"8. O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. firmar o entendimento de que:

a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 -, a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.666/93 (...), é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, servi-

ços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea 'a' acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação 'ex vi' do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;

(...)

d) nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior;"

(Decisão nº 705/1994 - Plenário)

"9.5. determinar à Superintendência da Zona Franca de Manaus - Suframa que:

9.5.1. somente emita empenho e efetue pagamentos a fornecedores que estejam em plena regularidade fiscal para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, nos termos dos arts. 29, inciso III, 55, incisos III e XIII, e 71 da Lei nº 8.666/1993, e 63, § 2º, inciso I, da Lei nº 4.320/1964;"

(Acórdão nº 645/2007 - Plenário)

"9.3. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que adote as seguintes providências: (...)

9.3.15 incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal;"

(Acórdão nº 740/2004 - Plenário)

"(...) é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a exigência de comprovação da regularidade fiscal deve ser feita inclusive antes da realização dos pagamentos às empresas contratadas (cf. Acórdãos 984/2004 - Plenário, 93/2001 - Plenário, 208/2000 - Plenário, e Decisões 407/2002 - 2ª Câmara, 559/2001 - Plenário, 386/2001 - Plenário, 182/1999 - 1ª Câmara e 377/1997 - Plenário).

De fato, tal exigência tem a justificá-la, entre outras razões, a necessidade de a Administração resguardar-se contra possíveis prejuízos ao Erário, na eventualidade de responsabilização solidária pelo eventual inadimplemento de compromissos assumidos por terceiros contratados, especialmente no tocante às obrigações de natureza trabalhista.

Nesse sentido, não é demais lembrar os termos do Enunciado nº 331 da Súmula da Jurisprudência predominante do TST*, in verbis*:

'IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. '

Esse entendimento sumulado tem por esteio a regra estatuída no art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que importa reproduzir:

'§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.' (Redação dada pela Lei 9.032/1995)

Ainda no campo da responsabilidade previdenciária, é de lembrar também a seguinte lição de Marçal Justen Filho *(in* 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 5ª Ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 531):

'E se a Administração verificar que o sujeito não liquidou suas dívidas previdenciárias produzidas pela atividade necessária à execução do contrato? Cabe à Administração o dever de promover a retenção dos valores necessários à sua liquidação, pagando ao particular os valores remanescentes (e encaminhando ao órgão previdenciário os montantes retidos). Se não o fizer, assumirá responsabilidade solidária pelas dívidas assumidas.'."

(Acórdão nº 1299/2006 - Plenário)

"8.2 - determinar à UFMG (...) que no prazo de sessenta dias a contar da notificação, adote as providências seguintes: (...)

8.2.27 - determinar às Unidades Gestoras subordinadas que: (...)

8.2.27.2 - exija a comprovação de situação regular no SICAF ao contratado quando da emissão das Notas de Empenho, ordens de serviço ou qualquer outro instrumento que materialize um comando ao fornecedor para que inicie a execução de uma dada parcela do respectivo contrato;

8.2.27.3 - na ocorrência de situação irregular ou vencida no SICAF por ocasião do pagamento, efetue o procedimento de rescisão unilateral do contrato, conforme exigido pelos arts. 59 inciso II, 79 inciso I e 78 inciso I da Lei nº 8.666/93, por descumprimento da obrigação contratual prevista no art. 55 inciso XIII da mesma Lei."

(Decisão nº 1646/2002 - Plenário)

"(...) a Administração Pública, assim como os usuários em geral, não pode prescindir dos serviços públicos essenciais - entendidos como aqueles indispensáveis à vida e à convivência dos administrados em sociedade.

Quando a competição for inviável, por inexistirem outros prestadores de serviços essenciais ao funcionamento da Administração Pública, que não os inadimplentes, a única alternativa é realizar a contratação da empresa monopolista, estatal ou privada, ainda que ela esteja em débito com o INSS e o FGTS.

Vale ressaltar que a ANEEL informou que somente a empresa privada SAELPA tem concessão para distribuir energia elétrica na cidade de João Pessoa/PB.

Além disso, as diligências formuladas ao Instituto Nacional de Seguridade Social e à Caixa Econômica Federal mostram que não existe nas legislações que lhes são aplicáveis normativo que autorize a Administração abater, compensar ou reter diretamente da importância a ser paga à contratada percentual referente ao débito junto ao INSS e FGTS, respectivamente.

Por outro lado, a Administração deve informar o INSS e a Caixa a respeito dos fatos, a fim de que essas entidades exijam da contratada a regularização de sua situação. Ademais, proporei determinação à ANEEL, ante suas atribuições fiscalizadoras, para que a agência verifique a regularização dos débitos junto ao INSS e FGTS da empresa concessionária."

(Acórdão nº 1105/2006 - Plenário)

"9.1. determinar à Delegacia Regional do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro - DRT/RJ - que: (...)

9.1.2. atente para a necessidade de exigir, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social (INSS e contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Federal), para com o FGTS (CEF) e para com a Fazenda Federal (SRF e PGFN), em observância à Constituição Federal (art. 195, § 3º), à Lei 8.666/93 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII), à Lei 8.036/90 (art. 27, 'a'), à Lei 9.012/95 (art. 2º), à Lei 8.212/91 (art. 47), ao Decreto 612/92 (art. 16 e parágrafo único, art. 84, inciso I, alínea 'a' e § 10, alíneas 'a' e 'b) e ao Decreto-lei 147/67, de modo a afastar, inclusive, a possibilidade de, por força do Enunciado TST 331, vir a responder subsidiariamente pelo inadimplemento de encargos trabalhistas;"

(Acórdão nº 593/2005 - Primeira Câmara)

"9.3. determinar à Refinaria Gabriel Passos (Petrobras] que: (...)

9.3.5. insira, nos contratos, cláusula que exija do contratado a apresentação de cópia das guias de recolhimento de encargos, em especial INSS e FGTS, e das respectivas folhas de pagamento para, a partir da análise desses documentos, se poder comprovar o cumprimento das obrigações inerentes e, assim, se resguardar quanto ao estabelecido no § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93;"

(Acórdão nº 310/2006 - Plenário)

"9.2. (...) determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes que: (...)

9.2.2. nos editais de licitação, de maneira geral: (...)

9.2.2.3. inclua cláusula estabelecendo que as empresas subcontratadas também devem comprovar, perante a Autarquia, que estão em situação regular fiscal e previdenciária (...);"

(Acórdão nº 1529/2006 - Plenário)

"Versa a espécie sobre comunicação de supostas irregularidades ocorridas em procedimento licitatório realizado pelo Banco do Nordeste do Brasil, no âmbito da Concorrência nº 2006/22.

O objeto desse certame consiste na *'contratação de serviços advocatícios, sem exclusividade, para patrocínio de demandas judiciais de interesse das agências do Banco do Nordeste listadas no Anexo I deste edital, compreendendo o ajuizamento de ações; a elaboração de petições; a elaboração e a apresentação de defesas e réplicas; interposição de recursos; comparecimento a audiências; apresentação de memoriais; sustentação oral; habilitação de crédito; impugnações; protestos pela preferência e pelo remanescente; dentre outros atos que decorram das causas cuja condução lhes for confiada, sempre que o Banco do Nordeste solicitar ou autorizar.'*

(...) ponto interessante levantado pelo representante refere-se à apresentação de documentação pertinente à filial do escritório de advocacia interessado em participar da licitação. De acordo com Lei nº 8.666/93, o licitante, para fins de comprovação da regularidade fiscal, é obrigado apenas a juntar prova de inscrição no Cadastro de Contribuinte Municipal, relativamente ao seu domicílio ou sede e não à filial.

Essa afirmação, que é correta, não é suficiente para dar razão ao representante, pois a licitação é feita por cada agência do BNB, apesar de ser um único edital a enfeixar todo o processo licitatório. É, em tese, possível que a matriz de um escritório não vença a licitação para uma determinada localidade, mas sua filial vença para outra localidade. É possível que apenas as filiais de um escritório se inscrevam para a licitação, dentre outras situações possíveis. É esse o motivo da exigência da regularidade junto à Fazenda Municipal feita pelo edital. Nessas específicas condições, tal exigência não parece descabida.

Tanto é assim que a legislação tributária referente ao recolhimento do ISS, que é o imposto recolhido sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, impõe que essa modalidade tributária seja recolhida aos cofres municipais. Assim, ainda que não constasse do referido edital de licitação, a filial da sociedade de advogados deveria obrigatoriamente inscrever-se no cadastro de contribuintes do município em que está instalada e recolher o ISS previsto na legislação tributária."

(Acórdão nº 652/2007 - Plenário)

1.5.2.1.3. Qualificação técnica

Lei nº 8.666/93

Art. 30. A documentação relativa à *qualificação técnica* limitar-se-á a:

I - *registro ou inscrição na entidade profissional competente*;

II - comprovação de *aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação*, e *indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação*, bem como da *qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos*;

III - *comprovação*, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, *quando exigido*, de que *tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação*;

IV - prova de *atendimento de requisitos previstos em lei especial*, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a *obras e serviços*, será feita por *atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a*:

I - *capacitação técnico-profissional*: comprovação do licitante de *possuir em seu quadro permanente*, na data prevista para entrega da proposta, *profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente*, detentor de *atestado de responsabilidade técnica* por execução de *obra ou serviço de características semelhantes*, limitadas estas exclusivamente às *parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação*, *vedadas as exigências de quantidades mínimas* ou prazos máximos;

(...)

§ 2º As *parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo*, mencionadas no parágrafo anterior, serão *definidas no instrumento convocatório*.

§ 3º Será sempre admitida a *comprovação de aptidão* através de *certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior*.
(...)

§ 5º É *vedada* a *exigência de comprovação* de atividade ou *de aptidão com limitações de tempo* ou de época *ou ainda em locais específicos*, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As *exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado*, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de *relação explícita* e da *declaração formal da sua disponibilidade*, sob as penas cabíveis, *vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia*.
(...)
§ 10. Os *profissionais indicados pelo licitante* para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a *substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior*, desde que aprovada pela administração.

Jurisprudência do TCU

"(...) não basta elencar o requisito a ser preenchido pelo licitante para habilitá-lo a participar do certame, é preciso explicar a necessidade de que este requisito seja preenchido pelo licitante para

habilitá-lo a participar do certame, é preciso explicar a necessidade de que este requisito seja atendido e a pertinência com o objeto da avença."

(Decisão nº 811/2002 - Plenário)

"(...) o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 pode ser dividido em duas partes. Uma relativa ao licitante e outra ao pessoal técnico que integra o seu corpo de empregados. A primeira, que cuida da comprovação de aptidão do interessado para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, refere-se, pois, no presente caso, à pessoa jurídica. A outra, qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, dirige-se especificamente aos seus profissionais.

Prosseguindo, a limitação contida no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 aplica-se exclusivamente à comprovação da qualificação técnica dos profissionais que se responsabilizarão pelos trabalhos. Por conseguinte, a comprovação de aptidão do interessado, conforme mencionado no item anterior, há que ser exigida e feita com base em parâmetros distintos, de forma a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas, na forma estabelecida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Logo, as exigências de qualificação técnica não estão limitadas à capacitação técnico-profissional. Esta é que deve observar o limite imposto pelo § 1º do art. 30 da Lei."

(Decisão nº 285/2000 - Plenário)

"9.2. determinar ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq que: (...)

9.2.2. ao inserir, nos próximos editais de licitação para contratação de quaisquer espécies de serviços, exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, seja sob o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, como requisito indispensável à habilitação das licitantes, consigne, expressa e publicamente, os motivos

dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame;”

(Acórdão nº 649/2006 - Segunda Câmara)

“Quanto à comprovação de desempenho de atividade anterior pelo período mínimo de execução de 24 meses, o BNB (Banco do Nordeste do Brasil S.A.] defende ser essa exigência essencial à perfeita execução do contrato (objeto: prestação de serviços de desenvolvimento de sistemas, manutenção em sistemas computacionais do BNB e serviços especializados de *software*). Isso porque demonstraria que o licitante interessado na disputa detém experiência e capacidade que assegurem a não interrupção do serviço, resguardando, dessa forma, o interesse público. O Banco alega, ainda, que não teria havido afronta à legislação, eis que o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 permite a formulação de exigências de qualificação técnico-operacional fundada em experiência anterior compatível com o objeto da licitação.

(...) Diversamente do entendimento do agravante, julgo que o inciso II do art. 30 da Lei de Licitações permite tão-somente a exigência de prazo no atestado técnico quando este quesito for essencial para a comprovação da capacidade de executar o objeto. É dizer, quando demonstra que o licitante executou determinado objeto, similar àquele licitado, *dentro de determinado prazo*, e não durante determinado tempo. Ou seja, tal exigência melhor se amolda ao desenvolvimento de projetos, execução de obras, entrega de bens e não a serviços de duração continuada. Essa é, no meu ponto de vista, a melhor interpretação para o dispositivo em tela, mormente porque não entra em conflito com o § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993, que veda a estipulação de requisitos com limitações de tempo ou de época para os atestados de capacidade técnica.

Ademais, não me parece razoável pretender o tempo de execução de serviços possa revelar a capacidade e o desempenho dos licitantes, pois não se leva em consideração aspectos essenciais, como a complexidade dos sistemas elaborados e a qualidade com que os serviços foram prestados pelas empresas. Pelo contrário,

poderia, em situação extrema e hipotética, revelar a incapacidade da empresa de desenvolver determinado sistema em prazo mais exíguo.”

(Acórdão nº 2048/2006 - Plenário)

“(...) podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços.”

(Decisão nº 1618/2002 - Plenário)

“Quanto à quarta irregularidade imputada ao responsável – exigência de quantitativos mínimos excessivos – manifesto-me de acordo com a Unidade Técnica no sentido de que o responsável não foi hábil em elidi-la.

Embora a adoção de um índice médio de 65% possa ser considerado razoável, verifica-se que para alguns serviços foram considerados índices de até 85%, o que carece de razoabilidade.

O fato de as exigências terem ocorrido em sede de pré-qualificação e da obra ser de grande vulto não justifica a atitude do responsável, pois os quantitativos mínimos devem ser adotados em função do objeto licitado e não do procedimento utilizado.”

(Decisão nº 1090/2001 - Plenário)

“Em relação à desclassificação da Lynk do Pregão nº 54/2003 (objeto: prestação de serviços de vigilância desarmada para as unidades vinculadas à Diretoria Regional da ECT do Paraná], considerada indevida pela Unidade Técnica, entendo necessário fazer algumas considerações.

O grande equívoco verificado em relação à questão que envolveu essa desclassificação está relacionado ao edital do pregão. O seu subitem 3.3.4 estabelecia que a licitante deveria apresentar *‘no mínimo 01 (um) atestado ou certidões de capacidade técnica, ..., que comprovem a aptidão da licitante na prestação dos serviços pertinente e compatível em características com o objeto deste Pregão...’.*

Tal exigência é, sem dúvida, demasiadamente genérica e pouco precisa. O objeto da licitação era a prestação de serviços de vigilância, contemplando 28 postos e 82 vigilantes. A redação do citado subitem do edital não permitia que se soubesse exatamente o que a administração considerava como suficiente para comprovar a aptidão para prestação de serviço compatível em características com o objeto da licitação. Dessa imprecisão, surgem algumas perguntas:

a) o aspecto quantitativo era relevante, ou seja, a empresa deveria comprovar a execução desses serviços englobando, pelo menos, um certo número de postos e vigilantes ou bastava a comprovação da execução de serviços de vigilância desarmada, independentemente da quantidade de postos e vigilantes?

b) se o aspecto quantitativo era relevante, qual seria o número mínimo de postos e vigilantes a ser exigido?

c) ainda considerando o aspecto quantitativo, era relevante que a empresa comprovasse um certo número de postos e vigilantes em apenas um contrato?

Essas questões deveriam ter sido consideradas pela administração na elaboração do instrumento convocatório, de forma que, com as devidas justificativas técnicas, fossem estabelecidas exigências precisas no edital, sem restringir indevidamente a competitividade do certame, mas procurando assegurar à administração que a empresa contratada teria condições de executar a contento o objeto do contrato.

A imprecisão da exigência fez com que não houvesse um critério objetivo para avaliação da capacidade técnica das empresas, conferindo um excesso de subjetividade ao pregoeiro quando da análise dos atestados apresentados.

Não foi objeto de audiência dos responsáveis o aspecto da imprecisão da cláusula editalícia, mas a desclassificação da Lynx. Há que se avaliar, portanto, a conduta do pregoeiro ao desclassificar a empresa. Considerando o contexto de ausência de objetividade no critério de avaliação da capacidade técnica, entendo que só se justificaria a apenação do pregoeiro caso a desclassificação da Lynx tivesse sido completa- mente desarrazoada. E entendo que não foi, pelos motivos que passo a expor.

Os atestados apresentados pela Lynx, num total de 10, registram a execução de serviços de vigilância contemplando de um a seis postos de vigilância em cada em deles. Entendo ser razoável que o pregoeiro, ao avaliar esses atestados, ficasse com a mesma dúvida estampada na letra ‘c’ do item 11 deste voto. Considerando que o objeto licitado abrangia 28 postos e 82 vigilantes, será que atestados que isoladamente contemplam 1, 2, 4 ou no máximo 6 postos, demonstrariam a aptidão do licitante? Será que não haveria questões de logística envolvidas que justificariam a exigência de um atestado com um maior número de postos e vigilantes? Por outro lado, mesmo que se admitisse a simples soma de postos e vigilantes nos diversos atestados, a soma apresentada pela Lynx, de 16 postos e 54 vigilantes, contra 28 postos e 82 vigilantes do objeto licitado, seria suficiente para comprovar a capacidade para prestar serviços compatíveis com aqueles licitados?

Entendo que tais indagações eram plausíveis. Como já afirmei, eram questões a serem enfrentadas e resolvidas na fase de elaboração do edital, de forma a fornecer um critério objetivo ao pregoeiro. Não tendo isso ocorrido, não considero adequada a apenação do pregoeiro.”

(Acórdão nº 66/2007 - Segunda Câmara)

“Relativamente à pontuação progressiva ao número de atestados apresentados pelos licitantes, percebe-se que os subitens 2.3.1; 2.3.2; 2.3.5; 2.4.1; 2.4.2 e 2.4.3 do Anexo II do Edital prevêem pontuação progressiva quanto ao número de atestados apresentados com vistas à comprovação de experiência na execução dos serviços licitados (serviços técnicos de informática, compreendendo as atividades de administração técnica e operacional do ambiente computacional, infra-estrutura de rede e projetos de telecomunicações]. Ressalto, porém, que as pontuações estipuladas nos citados subitens não se mostram desarrazoadas, nem há indicativos de que restringem a competitividade do certame sob exame. Sobre essa questão, penso que a experiência da licitante na execução reiterada de determinados serviços de informática em certa medida a qualifica a executá-los com melhor qualidade, motivo pelo qual considero legítima a pontuação técnica constante do Edital da Funasa (Fundação Nacional de Saúde]. A despeito dessas observações, considero necessário que a Funasa demonstre claramente no projeto básico do novo edital a ser lançado

os fundamentos para as pontuações descritas nos mencionados subitens."

(Acórdão nº 126/2007 - Plenário)

"(...) a valoração da quantidade de contratos já celebrados pelo licitante acima de determinado valor revela-se, em princípio, impróprio para o fim a que se destina, por não guardar a necessária correlação lógica com a complexidade e qualidade dos serviços a serem contratados (serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas computacionais do Banco do Nordeste do Brasil]. Isso porque, pode ocorrer de uma empresa ter executado um serviço complexo em menor número de oportunidades, mas ter feito a tarefa de forma plenamente satisfatória. Por outro lado, outra empresa pode ter executado diferentes contratos de valores elevados, mas com objetos extremamente simplificados.

Além disso, deixei assente em meu Voto que, na linha desse entendimento, o TCU já havia se manifestado em mais de uma ocasião pela impropriedade do critério em tela. Nesse sentido, citei os Acórdãos n.os 786/2006 e 1.094/2004, ambos do Plenário.

De mencionar que em recente deliberação, proferida na sessão de 7/2/2007, esta Corte flexibilizou, em parte, seu entendimento sobre o assunto e considerou possível, em licitações do tipo técnica e preço, a atribuição de pontuação progressiva ao número de atestados apresentados pelos licitantes. Nada obstante, entendeu o Colegiado, acompanhando proposta do eminente Ministro-Relator, que o estabelecimento desse critério apenas seria permitido nas hipóteses em que a pontuação atribuída não se mostrasse desarrazoada ou limitadora da competitividade do certame. Além disso, entendeu o Tribunal que a motivação dessa pontuação deveria estar expressa no edital (Acórdão 126/2007 - Plenário).

Na licitação em exame, a metodologia de pontuação adotada no edital, além de não estar acompanhada das justificativas pertinentes, no bojo do instrumento convocatório, no que se refere à quantidade dos atestados, associa a experiência anterior dos licitantes ao faturamento dos contratos executados. Com efeito, o item 2.2 da Planilha de Apuração estabelece até 110 pontos, ou seja, 11% da

pontuação máxima, para licitantes que comprovem ter executado três ou mais contratos em três faixas de valores diferenciadas.

Tal critério, por levar em consideração os valores dos contratos executados, pode favorecer indevidamente empresas que detenham contratos de grande porte, em detrimento daquelas que tenham prestado serviços de idêntica complexidade, mas em contratos de menor envergadura.

(...) assiste razão à embargante quando afirma que a definição dos critérios de julgamento das propostas técnicas se insere na esfera discricionária de atuação do administrador. Contudo, não se pode perder de vista que a ação do gestor público encontra-se regrada pelo ordenamento jurídico vigente e não deve visar objetivo diverso daquele previsto na norma, sob pena de desvio de finalidade.

Pelo que se extrai do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, somente poderão ser formuladas, num procedimento licitatório, exigências indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Vale dizer, numa licitação, independentemente do tipo adotado, deve haver uma correlação lógica entre os requisitos estabelecidos pela Administração e as características do objeto licitado.

No caso em exame, em princípio, não vislumbro por que diferenciar o desempenho do licitante, na execução de um mesmo serviço, em mais de uma oportunidade, em função dos valores dos contratos celebrados. Ora, uma empresa pode executar de forma satisfatória um determinado objeto tanto em contratos de valores elevados quanto em avenças de valores mais reduzidos, sem que o preço constitua um elemento diferenciador relevante da capacitação técnica dos interessados."

(Acórdão nº 273/2007 - Plenário)

"9.3. determinar ao Ministério das Cidades que, quando da abertura de novo procedimento licitatório em substituição à Concorrência nº 1/2006, observe as seguintes orientações: (...)

9.3.7. abstenha-se de restringir o número de atestados que podem ser apresentados por cliente da licitante, pontuar por horas de serviços prestados ou permitir pontuação progressiva a um número

crescente de atestados de experiência de idêntico teor, exceto em situações em que essa pontuação não se mostre desarrazoada ou limitadora da competitividade e que conste dos autos expressa motivação para a adoção desse critério, com observância ao disposto nos arts. 3º e 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93 e subitens 9.4.1.3 do Acórdão nº 1.937/2003, 9.1.8 do Acórdão nº 786/2006, 9.3.8 do Acórdão nº 1.094/2004 e Acórdão nº 126/2007, todos do Plenário;”

(Acórdão nº 362/2007 - Plenário)

“As representantes asseveram a prática, por Furnas Centrais Elétricas S.A., de irregularidades na condução do certame licitatório CO.DAQ.G.0023.2006, modalidade concorrência, tipo técnica e preço, destinada à aquisição de um Sistema Integrado de Gestão Empresarial - ERP (Enterprise Resource Planning), incluindo serviços de implementação, garantia, manutenção e suporte do referido sistema.

As interessadas (...) alegam, em suma, que as exigências contidas no edital da licitação inquinada, no tocante à comprovação do desempenho técnico, teriam restringido a sua competitividade e isonomia, com direcionamento do certame, contrariando o disposto no caput do art. 3º da Lei de Licitações, a saber:

a) pontuação diferenciada baseada no número de atestados a serem apresentados (limitação do número de atestado);

b) pontuação diferenciada baseada na capacidade de faturamento mínimo atual de clientes anteriores das licitantes; e

c) pontuação diferenciada para contratos já firmados com empresas concessionárias do setor elétrico.

(...) a capacitação e a experiência são, de fato, adquiridas em processo de aprendizagem que advém da prática, fato que poderia bastar para justificar a adoção de pontuação crescente em função da quantidade de certificados apresentados.

Ocorre que a aquisição desse conhecimento não se verifica de maneira linear. Quem prestou o serviço a duas ou três empresas no setor elétrico não detém duas ou três vezes mais *expertise* na prestação desse serviço em relação a quem apenas o prestou uma vez. O ganho - que de fato existe - é sempre marginal e decrescente. Isso torna ainda mais injusto o sistema adotado, que considera ser o ganho (conhecimento adquirido) sempre linear.

(...) a apreciação de aspectos subjetivos do licitante, na fase de julgamento das propostas, deve ser adotada com extrema cautela. Nesse sentido, o entendimento de Marçal Justen Filho, citado por Furnas: *'tem-se que evitar a confusão entre capacitação técnica da fase de habilitação e as exigências técnicas da fase de julgamento. Aquelas deverão referir-se à figura do licitante, enquanto essas aludirão ao conteúdo propriamente dito das propostas'.*

De fato, o momento adequado para a verificação dos aspectos subjetivos dos concorrentes é a fase de habilitação. No julgamento da proposta, o objeto de análise e pontuação deveria ser a própria proposta técnica em si mesma considerada. No entanto, o que o edital faz em relação aos quesitos 'Desempenho' e 'Qualidade' não é atribuir pontos para o conteúdo, desempenho ou qualidade da proposta técnica, mas sim para determinadas características subjetivas dos licitantes, como a experiência comprovada do proponente e de sua equipe.

A adoção desse tipo de exame exige redobrado cuidado na fixação dos critérios de pontuação, com estrita observância aos requisitos de utilidade, necessidade e razoabilidade. Isso porque, por aferir características subjetivas dos licitantes - e não da proposta - a adoção de critérios desarrazoados de pontuação da proposta técnica pode provocar a restrição à competitividade ou direcionar o certame."

(Acórdão nº 1098/2007 - Plenário)

"Trata-se de representação formulada (...) contra o edital da Concorrência nº 27/99, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para aquisição de 186.800 urnas eletrônicas, desenvolvimento de softwares, prestação de serviços de informática e fornecimento de suprimentos e de acessórios.

(...) em relação à exigência de atestados técnico-operacionais (...), a jurisprudência desta Corte vem evoluindo a partir da Decisão nº 767/98. Mais recentemente, o Plenário, por ocasião da Decisão nº 285/2000, admitiu que a efetiva comprovação da capacidade técnico-operacional possa ser feita sem restrição quanto ao número máximo de atestados, desde que, naturalmente, a exigência mostre-se necessária à comprovação requerida. O que não se deve tolerar é a utilização dessa prerrogativa para restringir o caráter competitivo do certame.

No caso vertente, a exigência do TSE de dois atestados técnico-operacionais não me pareceu desarrazoada (...)."

(Decisão nº 456/2000 - Plenário)

"9.4. determinar à Fundação Universidade de Brasília - FUB que:
(...)
9.4.4. abstenha-se, na qualificação técnica de futuras licitações, de fixar número máximo de atestados, em consonância com o previsto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, caput e §§ 3º e 5º, da Lei 8.666/1993, exceto quando for expressamente justificada a necessidade da exigência para a garantia da execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público;"

(Acórdão nº 1871/2005 - Plenário)

"(...) não se pode negar a participação em licitação a quem não comprove o visto do conselho regional do local da obra. Basta, para que se possa participar em licitação, o registro no conselho regional do local onde o licitante exerce precipuamente a sua atividade.

Como bem disse o MP/TCU, a necessidade de visar o registro no conselho regional de outro estado da Federação nasce com a declaração de que o licitante venceu o certame licitatório (...).

(...) a exigência de visar o registro em outro conselho regional somente surge quando o profissional vai exercer atividade em outra região. S.m.j., participar de licitação não significa exercer atividade profissional em sentido estrito. O exercício da atividade profissional técnica, que demanda visto do registro, fica caracterizado com a contratação, pois, só então, o profissional exercerá a sua atividade técnica.

Ademais, exigir visto do registro do profissional pelo simples fato de participar da licitação parece ser exigência acima daquela fixada pelo legislador ordinário, o que acaba por restringir, além do necessário, a competitividade do certame. Lembremo-nos de que o art. 30, I, da Lei 8.666/93 exige, para efeitos de qualificação técnica, apenas o registro ou inscrição na entidade profissional competente, não mencionando qualquer necessidade de visto do registro no conselho regional do local da obra (...)."

(Decisão nº 279/1998 - Plenário)

"O artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, utiliza a expressão 'qualificação técnico-profissional' para indicar a existência, nos quadros permanentes de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico conste a responsabilidade pela execução de obras ou serviços similares àqueles aspirados pelo órgão ou entidade da Administração.

Todavia, há que se atentar para o fato de que a Lei nº 8.666/93 não define o que seja 'quadro permanente'. Assim, essa expressão poderia ser compreendida como o conjunto de pessoas ligadas à empresa de modo permanente, sem natureza eventual, por meio de vínculos de natureza trabalhista e/ou societária. Esse conceito, entretanto, reclama certa ampliação nas hipóteses em que a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício sem afastar a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente, como é o caso dos profissionais da área de engenharia.

A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto licitado.

(...) se o profissional assume os deveres de desempenhar suas atividades de modo a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, o correto é entender que os requisitos de qualificação profissional foram atendidos. Não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois a interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção (...).

Nesse sentido, entendo que seria suficiente, segundo alega a representante, a comprovação da existência de um contrato

de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum."

(Acórdão nº 2297/2005 - Plenário)

"9.2. determinar à Infraero (Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária] que: (...)

9.2.2. em se tratando de obras aeroportuárias, inclusive das obras do Novo Aeroporto de Florianópolis/SC: (...)

9.2.2.11. abstenha-se de exigir dos profissionais relacionados para o atendimento das exigências de capacidade técnico-profissional declaração de que participarão, permanentemente, a serviço da licitante, das obras e/ou serviços licitados, uma vez que essa exigência extrapola o disposto nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993;"

(Acórdão nº 1891/2006 - Plenário)

"Relativamente ao quesito de pontuação referente à existência prévia de profissionais de cunho técnico operacional no quadro permanente da empresa licitante, este Tribunal tem sistematicamente se manifestado no sentido de rechaçar exigência dessa natureza, por entender que inibe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da igualdade, contrariando, em conseqüência, o art. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 (*v.g.* Acórdãos nºs 481/2004; 1.094/2004; 26/2007, todos do Plenário; Acórdão nº 2.178/2006 - 1ª Câmara; Acórdão nº 2.561/2004 - 2ª Câmara).

Esse entendimento tem por base o fato de que a concessão de pontos a licitantes que possuam em seus quadros determinado quantitativo de profissionais com as qualificações exigidas pela Funasa (Fundação Nacional de Saúde] privilegia empresas de grande porte, porém não garante que o pessoal indicado na proposta técnica será alocado na execução do objeto decorrente da licitação implementada (prestação de serviços técnicos de informática). Demais, é forçoso reconhecer que tal exigência também impõe ônus antecipado sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser o vencedor do certame, o que pode afastar inúmeros interessados.

De outra parte, para que a contratante não fique à mercê de 'licitantes aventureiros' e tenha maior garantia da qualidade do pessoal da contratada, cabe a ela dispor, tanto no edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de pessoas que entende necessário para realização dos serviços, evitando, assim, eventual favorecimento de determinadas empresas na fase de pontuação técnica, porém garantindo que o objeto contratado será executado por pessoas plenamente qualificadas.

Em razão disso, deve-se determinar à Funasa que retire do novo edital que vier a ser divulgado a previsão de concessão de pontos, na fase técnica do certame, para empresas que possuam em seu quadro de pessoal quantitativo de profissionais com determinadas qualificações, consoante previsto nos subitens 2.2.2 ao 2.2.8 do Anexo II do Edital da Concorrência 02/2006, devendo, porém, definir no edital e no contrato a ser celebrado os requisitos relativos ao quantitativo e à qualificação do quadro de pessoal da empresa contratada que deverão ser satisfeitos por ocasião da execução do contrato."

(Acórdão nº 126/2007 - Plenário)

"9.3. determinar ao Ministério das Cidades que, quando da abertura de novo procedimento licitatório em substituição à Concorrência nº 1/2006, observe as seguintes orientações: (...)

9.3.4. abstenha-se de incluir quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento as empresas licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou frustrem o caráter competitivo do certame, a exemplo dos quesitos para pontuação de licitantes que possuírem, já na abertura da licitação, quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados, ambiente próprio de *Help desk* para suporte remoto aos profissionais do contrato e plataforma de treinamento à distância, que contrariam o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e os Acórdãos nº 481/2004 e 167/2006, ambos do Plenário;"

(Acórdão nº 362/2007 - Plenário)

"Trata-se de Representação encaminhada a este Tribunal (...) pela empresa Higiterc Higienização e Terceirização Ltda., participante da Concorrência nº 3/2006 - FUNASA/MS, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos de informática, no âmbito das Coordenações Regionais da FUNASA.

(...) a FUNASA esclarece que seu ambiente tecnológico tem se moldado na utilização de tecnologias avançadas e atualizadas, sendo as regionais pólos desses segmentos tecnológicos, o que, segundo ela, torna imprescindível que as licitantes conheçam previamente as tecnologias instaladas em tais localidades.

Afirma ainda que a vistoria torna-se elementar para que o órgão não seja surpreendido por uma empresa que não esteja apta à prestação dos serviços por desconhecer as tecnologias específicas das regionais. Desta monta, defende não ser sensato apenas confiar que a empresa contratada desempenhará os serviços com a qualidade desejada, em todas as localidades, o que implica a necessidade de que a Administração possua a verdadeira comprovação por intermédio das vistorias nas 05 (cinco) áreas determinadas (Pará, Paraná, Goiás, São Paulo e Pernambuco], não apenas em Brasília.

Por fim, aduz o indigitado órgão que não houve restrição à competitividade, ao revés, um total de 06 (seis) empresas realizaram, à íntegra, as vistorias em todas as localidades definidas no Edital.

(...) o subitem 2.1.3 do Edital, além de não restringir a competitividade do certame, visto que, segundo informa a FUNASA, 06 (seis) empresas realizaram as vistorias em todas as localidades definidas no Edital, mostra-se em total consonância com art. 30, inciso III, da Lei de Licitações (...).

(...) as informações encaminhadas em resposta à diligência não foram suficientes para esclarecer por completo a razão de a vistoria ser realizada especificamente nas coordenações regionais dos estados do Pará, Paraná, Goiás, São Paulo e Pernambuco, o que nos faz supor que tal escolha baseou-se na representatividade de cada estado dentro de sua região, levando em conta a similaridade do ambiente tecnológico de cada segmento regional.

Ademais, entendemos razoável tal critério, vez que, caso fosse exigida a vistoria técnica em todas as 26 coordenações regionais,

haveria possível restrição à competitividade do certame, face aos custos decorrentes de tal exigência."

(Acórdão nº 293/2007 - Plenário)

"O cerne da Representação reside no questionamento quanto à legalidade do item 2.4.1 do Convite nº 01/2005, que previa, como condição para a participação no certame, o credenciamento da empresa licitante no Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro - CBMERJ. A representante alega que tal condição teria restringido o caráter competitivo da licitação, ao fixar regra de habilitação técnica limitativa ao exercício profissional, contrariando as disposições da Lei nº 8.666/93, em especial a vedação inserta no § 1º, inciso I, do art. 3º e os requisitos para habilitação técnica especificados em seu art. 30.

Entendo, contudo, que a cautela adotada no novo instrumento convocatório visou a resguardar a Administração, de forma a minimizar a possibilidade de que a escolha viesse a recair em uma empresa que não tivesse as condições de executar satisfatoriamente os trabalhos. Ademais, como bem observou a unidade técnica, a exigência contida no item 2.4.1 do Convite nº 01/2005 encontra amparo no inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.666/93, que admite, na habilitação técnica, prova de atendimento de requisitos previstos em 'lei especial', quando for o caso. Neste ponto, alinho-me ao entendimento de que a expressão 'lei especial', contida no inciso IV do art. 30, deve ser entendida no sentido lato, englobando inclusive regulamentos executivos.

Portanto, a obrigatoriedade de credenciamento prévio da empresa no Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, prevista no Decreto Estadual nº 897/76 e nas Resoluções nº 142/94 e 169/94, ambas da Secretaria de Estado da Defesa Civil, é condição inafastável, no âmbito daquela unidade da Federação, para que uma empresa possa elaborar projetos relativos à segurança contra incêndio e pânico (essas normas estabelecem, categoricamente, que os projetos só podem ser elaborados por projetistas autônomos, empresas de projetos e empresas instaladoras credenciados no CBMERJ]. Tal conjunto normativo, a rigor, vinculou a opção do administrador, que, no caso concreto, não poderia afastar da

licitação as exigências regulamentares concernentes ao objeto pretendido pela Administração.

(...) Desta forma, creio que a alternativa adotada pelo IBC (Instituto Benjamin Constant], condicionando a participação no certame ao prévio credenciamento da empresa licitante no CBMERJ, mostrou-se a mais adequada para alcançar o objeto pretendido na licitação e resguardar os interesses da Administração.”

(Acórdão nº 1157/2005 - Primeira Câmara)

“(...) este Tribunal não tem admitido que a certificação ISO e outras semelhantes sejam empregadas como exigência para habilitação ou como critério de desclassificação de propostas (...). Todavia, é necessário que se diga que o TCU tem aceitado a utilização desse tipo de certificado não como exigência de habilitação, mas como critério de pontuação, des- de que vinculado tão-somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços de informática prestados, vedada a pontuação de atividades específicas.”

(Acórdão nº 1094/2004 – Plenário)

“Trata-se de expediente apresentado pela empresa Hora H Treinamento e Informática Ltda., em que se noticiam supostas irregularidades no Edital do Pregão Presencial nº 01/2006 do serviço social autônomo denominado Agência de Promoção de Exportações e Investimentos - Apex-Brasil, cujo objeto consistiu na contratação do provimento de infra-estrutura de Tecnologia da Informação - TI, compreendendo a locação de equipamentos de informática novos e a prestação de serviços.

(...) Outro aspecto observado vincula-se à exigência de carta de solidariedade e de certificado de qualidade ISO 9001.

No que se refere à primeira, consta no projeto básico anexo ao edital, no item 5 (Detalhamento do Objeto), subitem ‘b-Garantia’, que a contratada deverá apresentar carta de solidariedade do fabricante do equipamento, com referência expressa ao edital a ser expedido para a licitação, responsabilizando-se com os termos da garantia e com os serviços de assistência técnica exigidos.

Nesse mesmo projeto, no item denominado 'Proposta Comercial', prescreve-se que, caso a licitante não seja o próprio fabricante dos equipamentos ofertados, deverá apresentar carta do fabricante, específica para essa licitação e dirigida à Apex, em nome da licitante, responsabilizando-se com os prazos de atendimento, serviços de assistência técnica e fornecimento de peças de reposição durante a vigência do contrato.

Sobreleva destacar, neste ponto, que a exigência acima constitui, na verdade, critério de habilitação, pois, se não atendida, afastará o licitante do certame, uma vez que impossibilitará a sua contratação no caso de sagrar-se vencedor da disputa.

Tal documento, por não compor o rol dos documentos contidos no Capítulo V do Regulamento de Licitações e de Contratos da Apex, que trata da habilitação ao processo licitatório, não pode ser requerido.

(...) o Tribunal não admite a exigência de carta de solidariedade como critério de habilitação, haja vista que ela deixa ao arbítrio do fabricante indicar as empresas participantes da licitação, pois esse documento pode ser negado a algumas delas em benefício de outras.

Quanto à exigência de certificado de qualidade ISO 9001, dispõe o item 5.c do projeto básico que os fabricantes de todos os equipamentos fornecidos deverão possuir tal certificado.

O tratamento dado pelo Tribunal a respeito do assunto é similar ao conferido à carta de solidariedade.

(...) Tal certificado, da mesma forma que a carta de solidariedade, não é previsto no Regulamento de Licitações da Apex e tem o condão de afastar do processo competitivo aquelas empresas que não o detêm.

(...) a jurisprudência do Tribunal admite a exigência de carta de solidariedade e de certificação da série ISO 9000, desde que eles figurem no edital como critério de pontuação.

Todavia, esse não é o caso do pregão, posto que ele se define como modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou de serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais, inexistindo, pois, a fase de pontuação com base em critérios técnicos.

(...) Logo, considerando que nessa modalidade licitatória não há a fase de apresentação de propostas técnicas, a exigência de carta de solidariedade e de certificado ISO 9001 afigura-se contrária à jurisprudência do Tribunal."

(Acórdão nº 539/2007 – Plenário)

"Cuidam os autos da Representação (...) noticiando possíveis irregularidades constantes do edital do Pregão Eletrônico nº 005/2007, promovido pela Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça - GGL/MJ, tendo por objeto a *'prestação de serviços técnicos de operação e manutenção preventiva e corretiva em Central Telefônica, PABX, CPA (Central por Programa Armazenado), CPCT (Central Privada de Comutação Telefônica), Digital, da Marca Ericsson, Modelo MD 110, Versão BC 12'*.

A principal ocorrência relatada pelo Representante diz respeito à exigência indevida contida no subitem 16.5 do anexo I do edital (Termo de Referência), consubstanciada na necessidade de os licitantes apresentarem *'declaração do fabricante dos equipamentos instalados no MJ de que a empresa tem plenas condições técnicas para executar os serviços, bem como é representante legal e está autorizado a comercializar os produtos e serviços objeto deste termo de referência'*.

(...) os parâmetros que podem ser estabelecidos no edital para atestar a capacidade técnica do licitante são, exclusivamente, aqueles previstos no art. 30 da Lei nº 8.666/1993. Como essa declaração do fabricante não faz parte do exaustivo rol de documentos do citado dispositivo, sua cobrança não encontra amparo legal.

(...) em licitações envolvendo bens e serviços de informática não é raro a exigência de apresentação da chamada 'carta de solidariedade' ou 'carta de responsabilidade' do fabricante, porém, apenas como critério de pontuação. Em geral, essa carta tem como finalidade garantir que a assistência técnica e a manutenção dos equipamentos sejam realizados de acordo com os padrões mínimos estipulados pelos próprios fabricantes (Acórdãos TCU n.os 1.670/2003 e 223/2006, ambos do Plenário).

Observa-se que a declaração questionada tem características similares à 'carta de solidariedade', pois exige do potencial licitante um vínculo com o fabricante.

Ora, no caso em comento, não se trata de licitação de bens ou serviços de informática, do tipo técnica e preço, onde poderia haver critério de pontuação. Trata-se de licitação de serviços comuns - manutenção de central telefônica -, do tipo menor preço. Por essa razão, não procede a justificativa apresentada para a manutenção da exigência na resposta à impugnação de que o pregão trata de serviços de alta complexidade, bem como de técnica que envolve alta especialização.

(...) considero desarrazoada a exigência de declaração do fabricante dos equipamentos instalados no MJ de que a empresa vencedora do Pregão tem plenas condições técnicas para executar os serviços, bem como é representante legal e está autorizada a comercializar os produtos e serviços objeto do termo de referência, porquanto tal imposição não se mostra compatível com o mandamento constitucional que veda a exigência de qualificações técnicas e econômicas não-indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contrato (art. 37, XXI, da CF).

Com efeito, essa condição contrapõe-se ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, haja vista ser vedada a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Consoante bem ressaltou a unidade técnica, a exigência em tela não consta do rol de documentos previsto no art. 30 da Lei de Licitações, podendo, portanto, ser taxada de impertinente, subsumindo-se ao descrito no art. 3º acima mencionado.

Demais disso, ela confere poder demasiado e irrestrito ao fabricante dos equipamentos, o qual poderia, por questões mercadológicas, comerciais ou outras quaisquer, simplesmente deixar de 'habilitar' algumas empresas tecnicamente aptas para a prestação dos serviços ou, ainda, escolher determinados 'parceiros' que considere mais adequados para representá-la e comercializar seus produtos e serviços, em detrimento de outras empresas com iguais capacidades técnicas.

Portanto, tem-se por vulnerado, nessa situação, o princípio da isonomia, bem como o da ampla competitividade, eis que a exigência em comento limita a participação no certame às empresas

'credenciadas' pela fabricante dos equipamentos instalados no Ministério da Justiça, sem qualquer respaldo legal para tanto."

(Acórdão nº 423/2007 – Plenário)

1.5.2.1.4. Qualificação econômico-financeira

LEI Nº 8.666/93

Art. 31. A documentação relativa à *qualificação econômico-financeira* limitar-se-á a:

I - *balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social*, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que *comprovem a boa situação financeira da empresa*, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - *certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica*, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - *garantia*, nas mesmas modalidades e critérios previstos no 'caput' e § 1º do art. 56 desta Lei, *limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação*.

§ 1º A *exigência de índices* limitar-se-á à *demonstração da capacidade financeira do licitante* com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, *vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade*.

§ 2º A Administração, nas *compras para entrega futura* e na *execução de obras e serviços*, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a *exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo*, *ou* ainda as *garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei*, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

> § 3º O *capital mínimo* ou o *valor do patrimônio líquido* a que se refere o parágrafo anterior *não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação*, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.
> (...)
>
> § 5º A *comprovação de boa situação financeira da empresa* será feita de forma objetiva, através do cálculo de *índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação* que tenha dado início ao certame licitatório, *vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados* para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Jurisprudência do TCU

"(...) acompanho as conclusões (...) no sentido de ser ilegal a exigência cumulativa de capital social mínimo e prestação de garantia para fins de qualificação econômico-financeira. O § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, ao permitir a utilização de garantia como comprovante da situação financeira das licitantes, deixou expresso que esta possibilidade somente poderia ser utilizada de forma alternativa em relação à exigência de capital social mínimo.

Referido dispositivo deixa três alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) capital social mínimo; b) patrimônio líquido mínimo ou c) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei."

(Acórdão nº 808/2003 – Plenário)

"(...) é razoável a exigência de que o capital social corresponda a 5% do valor total do contrato e não do valor a ser executado no primeiro exercício de sua vigência. Além de tal requisito não haver frustrado a competitividade do certame, como prova o bom número de interessados que a ele acudiram, o percentual fixado não é exagerado e está dentro do limite autorizado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8666/1993, sendo justificável que a administração procure assegurar que o contratado possui condições econômico-financeiras para cumprir a totalidade do contrato e não apenas parte dele."

(Acórdão nº 1105/2007 - Plenário)

"(...) concernente à exigência de índice de Liquidez Corrente igual ou superior a 1,2, entendo não assistir razão à entidade e à Unidade Técnica. As justificativas apresentadas fazem alusão ao fato de que a exigência decorre do alto grau de importação requerida no fornecimento e ao prazo de 180 dias entre a aquisição dos equipamentos e a integralização do pagamento à empresa.

Aduziram, ainda, que esse índice vem sendo adotado com base em experiência em compras anteriores, que demonstraram ser adequado às necessidades da empresa, além de mencionarem contabilistas que consideram bons valores acima de 1,5 e em torno de 2,0.

Observe-se que a empresa desclassificada possuía índice de LC de 1,11, Liquidez Seca de 1,10 e Índice de Solvência de 1,43, dados que indicam sua rentabilidade e solidez. A Eletronuclear (Eletrobrás Termonuclear S/A] não explicou por que o Índice de Liquidez de 1,11 não serviria. Não demonstrou, cabalmente, ser imperiosa essa exigência e muito menos indicou, anteriormente, essa justificativa no edital de licitação, nos termos do comando contido no art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/93."

(Decisão nº 1526/2002 - Plenário)

"Trata-se de Relatório de levantamento de auditoria, realizado no âmbito do FISCOBRAS 2005, tendo por objeto o Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (...).

Foram (...) apontadas como restrição ao caráter competitivo das licitações as condições 5.1.2 e 4.4, respectivamente dos Editais nºs 01/2005 e 02/2005 (...). Por meio destas, foi condicionada a participação de interessada em dois ou mais lotes licitados à comprovação

de sua capacidade econômico-financeira, de forma cumulativa, devendo, para tanto, seu capital social ser igual ou superior ao somatório dos capitais sociais mínimos exigidos para cada lote (...).

Após reunião realizada em meu Gabinete, da qual participou inclusive o Titular da Pasta da Integração Nacional, juntamente com sua assessoria jurídica, tal exigência foi retirada dos editais publicados (...).

Após a última fase de interação entre a Comissão de Licitação do MI e a equipe de auditoria, o Ministério promoveu alterações nos itens relativos à questão, cujas redações, idênticas em ambos os editais, permito-me transcrever também neste Voto, senão vejamos:

'(...) caso a licitante seja considerada vencedora de um determinado Lote, somente terá a Proposta Comercial do Lote subseqüente aberta caso o capital social e os quantitativos de serviços sejam iguais ou superiores ao somatório dos respectivos Lotes. Caso contrário, terá a(s) Proposta(s) Comercial(ais) dos demais Lotes devolvida(s) fechada(s), tal como recebida(s)'."

(Acórdão nº 1523/2005 - Plenário)

1.5.2.2. Julgamento e classificação das propostas

Lei nº 8.666/93

Art. 43. A *licitação* será *processada e julgada* com observância dos *seguintes procedimentos*: (...)

III - *abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados*, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - *verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente*, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente *registrados na ata de julgamento*, promovendo-se a *desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis*;

V - *julgamento e classificação* das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;
(...)
§ 3º É *facultada à Comissão* ou autoridade superior, *em qualquer fase da licitação*, a *promoção de diligência* destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.
(...)
§ 5º *Ultrapassada a fase de habilitação* dos concorrentes (incisos I e II) *e abertas as propostas* (inciso III), *não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação*, *salvo* em razão de *fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento*.

§ 6º *Após a fase de habilitação*, *não cabe desistência de proposta*, *salvo* por motivo justo decorrente de *fato superveniente* e aceito pela Comissão.

Lei nº 8.666/93:

Art. 45. O *julgamento das propostas* será *objetivo*, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite *realizá-lo em conformidade com* os *tipos de licitação*, os *critérios previamente estabelecidos no ato convocatório* e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.
§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem *tipos de licitação*, exceto na modalidade concurso:
I - a de *menor preço* - quando o *critério de seleção* da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que *será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço*;
II - a de *melhor técnica*;
III - a de *técnica e preço*;

IV - a de *maior lance ou oferta* - nos casos de *alienação de bens* (...).

Lei nº 8.666/93

Art. 46. Os *tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço"* serão *utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual*, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.
(...)
§ 3º *Excepcionalmente*, os *tipos de licitação previstos neste artigo* poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para *fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito*, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos *casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis*, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

Lei nº 8.666/93

Art. 45 (...)
§ 4º Para *contratação de bens e serviços de informática*, a Administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando *obriga-*

toriamente o *tipo de licitação técnica e preço*, *permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo*.

(...)

Art. 46 (...)

§ 2º Nas *licitações do tipo técnica e preço* será adotado (...) o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório: (...)

II – a *classificação dos proponentes* far-se-á de acordo com a *média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório*.

Decreto nº 1.070/94

Art. 3º No *julgamento das propostas desses bens e serviços* deverão ser adotados os seguintes *procedimentos*:

I - determinação da *pontuação técnica de cada proposta*, em conformidade com critérios e parâmetros previamente estabelecidos no ato convocatório da licitação, através do *somatório das multiplicações das notas dadas aos fatores prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e desempenho, em consonância com seus atributos técnicos, pelos pesos atribuídos a cada um deles*, de acordo com a importância relativa desses fatores às finalidades do objeto da licitação;

II - determinação do *índice técnico*, mediante a *divisão da pontuação técnica da proposta em exame pela de maior pontuação técnica*;

III - determinação do *índice de preço*, mediante a *divisão do menor preço proposto pelo preço da proposta em exame*;

IV - *multiplicação do índice técnico de cada proposta pelo fator de ponderação*, que terá valor de cinco a sete, fixado previamente no edital da licitação;

V - *multiplicação do índice de preço de cada proposta pelo complemento em relação a dez do valor do fator de ponderação adotado*;

VI - obtenção do *valor de avaliação (A) de cada proposta*, pelo *somatório dos valores obtidos nos incisos IV e V*;
VII - *pré-qualificação das propostas cujas avaliações (A) não se diferenciem em mais de seis por cento da maior delas*.
§ 1º *Quando justificável*, em razão da natureza do objeto licitado, o licitador poderá *excluir do julgamento técnico até dois dos fatores relacionados no inciso I*.
(...)
Art. 4º Para os efeitos do disposto no § *2º do art. 3º da Lei nº 8.248/91*, considerar-se-ão *equivalentes* as *propostas pré-qualificadas, conforme o inciso VII do art. 3º, cujos preços não sejam superiores a doze por cento do menor entre elas*.

Lei nº 8.248/91

(Redação dada pela Lei nº 10.176/2001)

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, (...) darão *preferência*, nas *aquisições de bens e serviços de informática e automação*, observada a *seguinte ordem*, a:
I – *bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País*;
II – *bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico*, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.
(...)
§ 2º Para o *exercício desta preferência*, levar-se-ão em conta *condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço*.

Lei nº 10.520/2002

Art. 4º A *fase externa do pregão* será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...)

X – para *julgamento e classificação das propostas*, será adotado o *critério de menor preço*, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;
Constituição da República
Art. 170. A *ordem econômica*, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes *princípios*: (...)
IX – *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras* e que tenham sua sede e administração no País;

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, *consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte* a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
I – no caso das *microempresas*, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, *receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00* (duzentos e quarenta mil reais);
II – no caso das *empresas de pequeno porte*, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, *receita bruta superior a R$ 240.000,00* (duzentos e quarenta mil reais) *e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00* (dois milhões e quatrocentos mil reais).
(...)
§ 9º A *empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo* fica *excluída*, *no ano-calendário seguinte*, do *regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar* para todos os efeitos legais.

(...)

Art. 42. Nas *licitações públicas*, a *comprovação de regularidade fiscal* das microempresas e empresas de pequeno porte somente será *exigida para efeito de assinatura do contrato*.

Art. 43. As *microempresas e empresas de pequeno porte*, por ocasião da participação em certames licitatórios, *deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal*, *mesmo que esta apresente alguma restrição*.

§ 1º *Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal*, será *assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis*, cujo *termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame*, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, *para a regularização da documentação*, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A *não-regularização da documentação*, no prazo previsto no § 1º deste artigo, *implicará decadência do direito à contratação*, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo *facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato*, ou revogar a licitação.

Art. 44. *Nas licitações* será *assegurada*, como *critério de desempate*, *preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte*.

§ 1º Entende-se por *empate* aquelas *situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10%* (dez por cento) *superiores à proposta mais bem classificada*.

§ 2º Na modalidade de *pregão*, o *intervalo percentual* estabelecido no § 1º deste artigo será de *até 5%* (cinco por cento) *superior ao melhor preço*.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, *ocorrendo o empate*, proceder-se-á da seguinte forma:
I – a *microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame*, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
II – *não ocorrendo a contratação* da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão *convocadas as remanescentes* que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
III – no *caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte* que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado *sorteio* entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na *hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo*, o *objeto* licitado será *adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora* do certame.

§ 2º *O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte*.

§ 3º No caso de *pregão*, a *microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada* será *convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances*, sob pena de preclusão.
(...)
Art. 47. *Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios*, poderá ser concedido *tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte* objetivando a promoção do

desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, *desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente*.

Art. 48. *Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar*, a Administração Pública poderá realizar *processo licitatório*:

I - *destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte* nas contratações cujo valor seja de *até R$ 80.000,00* (oitenta mil reais);

II - em que seja *exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte*, desde que o *percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado*;

III - em que se estabeleça *cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte*, em *certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível*.

(...)

§ 2º Na *hipótese do inciso II do caput deste artigo*, os *empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas*.

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 73 (...)

IV – (...) o devedor deverá *provar* sua *qualidade de microempresa ou de empresa de pequeno porte* perante o tabelionato de protestos de títulos, *mediante documento expedido pela Junta Comercial ou pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme o caso*;

Lei nº 8.666/93

Art. 51. A *habilitação preliminar*, a *inscrição em registro cadastral*, a *sua alteração ou cancelamento*, e as *propostas*

serão *processadas e julgadas por comissão permanente ou especial* de, no *mínimo, 3 (três) membros*, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.
§ 1º No caso de *convite*, a *comissão de licitação*, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser *substituída por servidor formalmente designado* pela autoridade competente.
(...)

§ 3º Os *membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão*, *salvo* se *posição individual divergente* estiver devidamente *fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião* em que tiver sido tomada a decisão.

Lei nº 8.666/93

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)
XVI – *Comissão* – comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a *função* de *receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes*.

Lei nº 10.520/2002

Art. 3º A *fase preparatória do pregão* observará o seguinte:
I – a *autoridade competente* justificará a necessidade de contratação e *definirá* o *objeto do certame*, as *exigências de habilitação*, os *critérios de aceitação das propostas*, as *sanções por inadimplemento* e as *cláusulas do contrato*, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
(...)
IV – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o

> *pregoeiro* e respectiva equipe de apoio, cuja *atribuição* inclui, dentre outras, o *recebimento das propostas e lances*, a *análise de sua aceitabilidade e sua classificação*, bem como a *habilitação* e a *adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor*.

Jurisprudência do TCU

"O dispositivo (art. 46, *caput*, da Lei nº 8.666/93] deve ser interpretado no sentido de que os tipos de licitação *melhor técnica* e *técnica e preço* somente podem ser adotados quando se tratar de serviço de natureza predominantemente intelectual. Desse modo, não se pode, por exemplo, utilizar *melhor técnica* ou *técnica e preço* para a aquisição de mobiliário (...)

Caso o administrador decida contratar serviços intelectuais, poderá utilizar licitação do tipo *técnica e preço* ou *melhor técnica*, mas não está obrigado a adotar referidas modalidades.

É certo que para a contratação de serviços intelectuais a adoção do tipo A ou B de licitação pressupõe a devida motivação, tendo sempre como parâmetro o interesse público. Assim sendo, se o interesse público o exigir, parece-me perfeitamente legítimo que seja utilizado o critério do *menor preço* para julgar licitação de serviços intelectuais.

Em resumo, o *caput* do art. 46 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado no sentido de que os tipos de licitação de *melhor técnica* e de *técnica e preço* somente podem ser utilizados para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual e para as hipóteses previstas no art. 46, § 3º, todos da Lei de Licitações; todavia, serviços intelectuais, se o interesse público assim o exigir, e desde que haja decisão devidamente motivada, podem ser contratados por meio de licitação do tipo *menor preço*."

(Acórdão nº 497/2003 – Plenário)

"Examina-se a irregularidade concernente à aceitação de preços unitários superiores aos de mercado nas licitações que deram origem aos contratos n.os PJ.090/2001 e PJ.091/2001, para construção

dos trechos da BR-282, entre Vargem e o entroncamento com a BR-470 e São Miguel do Oeste e o Rio Peperiguaçu.

Não vislumbro como se responsabilizar os membros da Comissão de Licitação pelos sobrepreços ora questionados. Acolho, por pertinentes, as justificativas apresentadas no sentido de que não cabia aos seus membros verificar os eventuais preços excessivos, pois, como se depreende dos autos, essa incumbência cabia a um departamento específico, responsável pela elaboração do orçamento.

O fato de alguns dos membros da Comissão de Licitação serem engenheiros não é motivo, também, para responsabilizá-los. A elaboração de orçamento não é, necessariamente, incumbência das comissões de licitação. Por certo, as áreas técnicas responsáveis pela execução do objeto a ser licitado terão muito mais condições de elaborá-los, como ocorreu no caso sob exame. Às comissões cabe sim verificar se existe projeto básico, se foi elaborado o orçamento, zelar pela comprovação adequada de qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal, habilitação jurídica, dentre outras (...).

Não tem sentido (...) uma determinada unidade elaborar um orçamento extremamente complexo, encaminhá-lo à comissão de licitação e esta realizar novo levantamento com o objetivo de verificar a proce- dência dos trabalhos já realizados. Melhor seria, então, que a própria comissão elaborasse o orçamento. Nesse caso, não tenho dúvida, as comissões de licitação não fariam outra coisa que não elaborar orçamentos."

(Acórdão nº 580/2002 – Segunda Câmara)

"O memorial descritivo, as planilhas de custo e as plantas/projeto básico foram confeccionados e assinados por engenheiro civil, estando o montante contratado abaixo dos constantes naquelas planilhas. Com isso, entendeu-se que os membros da comissão não atuaram na concretização do superfaturamento.

Não cabe a responsabilização dos membros da comissão de licitação pelo superfaturamento, já que os preços contratados são inferiores aos valores constantes das planilhas orçamentárias da licitação e que essas planilhas não foram elaboradas pela Comissão Permanente de Licitação, mas sim por profissional qualificado.

Esse entendimento é reforçado pela constatação de que a diferença (entendida como débito) entre os valores contratados e os valores de mercado (cerca de 22%) não foi de tal monta que tornasse exigível dos membros da CPL aventar a hipótese do superfaturamento dos valores constantes das planilhas elaboradas por engenheiro civil, ex-diretor de Planejamentos e Projetos da Secretaria de Estado de Obras e Serviços Públicos."

(Acórdão nº 1489/2003 – Plenário)

"(...) a responsabilidade pela aprovação do projeto básico eivado de inconsistências exauriu-se no então Chefe do 1º DRF/DNER, que, por portaria específica, aprovou tal projeto. Nesse documento, como previsto na legislação, foram incluídos os itens de serviços a serem realizados e os preços respectivos, os quais, segundo apurado pela equipe de auditoria, revelaram-se insuficientes e imprecisos.

Ora, é certo que a elaboração de projeto básico, de maior complexidade, insere-se, inclusive pelas suas características e exigências, no âmbito das competências das áreas técnicas, e, no caso do extinto DNER, conforme se depreende da leitura de seu Regimento Interno então vigente, o procedimento estaria afeto ao Comitê de Gestão Interna e/ou à Gerência de Projetos.

(...) as irregularidades atribuídas à Comissão de Licitação - existência de sobrepreço na contratação dos serviços e realização da Concorrência nº 460/2000, com base em projeto básico incompleto e descaracterizado em relação à obra - não se encontram incluídas em sua área de competência."

(Acórdão nº 1621/2004 – Plenário)

"Segundo o art. 6º, XVI, da Lei nº 8.666/1993, cabe à comissão receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos à licitação e ao cadastramento de licitantes, devendo o julgamento ser processado com observância das disposições do art. 43, IV, da citada lei, ou seja, deverá ser verificada a conformidade de cada proposta com os preços correntes de mercado. Nesse sentido, ainda que se que admita que na DFA/AP (Delegacia Federal de Agricultura no Estado do Amapá] exista um setor responsável pela pesquisa de preços de bens e serviços a serem contratados pela Administração, a Comissão de Licitação, bem como a autoridade

que homologou o procedimento licitatório (objeto: aquisição de material de consumo], não estão isentos de verificar se efetivamente os preços ofertados estão de acordo com os praticados a teor do citado artigo (art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93].

Quanto ao mencionado despreparo dos membros da Comissão de Licitação, por desconhecimento da Lei nº 8.666/1993, ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942). Ademais, a verificação da compatibilidade dos preços ofertados com os praticados no mercado não me parece atividade com elevado grau de complexidade a ponto de justificar sua inobservância, devendo eventuais deficiências dos servidores no desempenho de suas atividades ser supridas mediante capacitação e treinamento desenvolvidos pela Administração."

(Acórdão nº 509/2005 – Plenário)

"Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Presiden- te da Comissão Especial de Licitação da Companhia Docas do Rio Grande do Norte - Codern contra o Acórdão por meio do qual o TCU, apreci- ando Denúncia acerca de possíveis irregularidades em licitação,aplicou-lhe multa tendo em vista a falta de fundamentação para a exigência de que o Índice de Liquidez Geral - ILG fosse maior ou igual a 3,0, o que caracterizou inobservância ao princípio da motivação dos atos administrativos e grave infração ao que dispõe o art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

(...) impende reconhecer, *in casu*, a existência de falhas processuais nestes autos, conforme aventado pelo Sr. Analista da Serur e perfilhado pelo Sr. Diretor, especialmente no que concerne à ausência de responsabilização dos demais membros da Comissão Especial de Lici- tação. Com efeito, reza o art. 51, § 3º, da Lei nº 8.666/93 que os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

A nosso ver, o aludido preceito legal, explícito e taxativo, impõe a realização de audiência dos demais membros da Comissão Especial de Licitação, devendo ser ouvidos, ainda,

os servidores responsáveis pela adjudicação/homologação do certame inquinado de irregularidade. Configura-se, no caso vertente, hipótese de litisconsórcio passivo necessário unitário, sendo, pois, forçoso que todos os litisconsortes sejam chamados aos autos e recebam tratamento homogêneo (...).

(...) a mencionada falha, por trata-se de *error in procedendo*, enseja a nulidade absoluta da deliberação proferida, a qual deve ser declarada de ofício, pois, do contrário, haveria prejuízo para a apuração dos fatos pelo Tribunal (...)."

(Acórdão nº 2/2004 – Plenário)

1.5.2.2.1. Critério de aceitabilidade do preço global e dos preços unitários

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O *edital* (...) indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

X - o *critério de aceitabilidade dos preços unitário e global*, conforme o caso, *permitida a fixação de preços máximos* e *vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência*, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

Lei nº 8.666/93

Art. 46 (...)

§ 1º Nas *licitações do tipo melhor técnica* será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no *instrumento convocatório*, o qual *fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar*: (...)

Lei nº 8.666/93

Art. 48. Serão *desclassificadas*: (...)

II - propostas com *valor global superior ao limite estabelecido ou* com *preços manifestamente inexeqüíveis* (...).

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

"Ao tratar do critério de aceitabilidade do preço global, o edital limitou-se a defini-lo como o preço de mercado, sem especificar os parâmetros objetivos a serem utilizados. Além disso, não houve especificação dos critérios de aceitabilidade dos preços unitários, nem a fixação dos preços máximos admitidos pela Administração, nem a apresentação do orçamento estimado.

(...) Os critérios de aceitabilidade de preços, a apresentação do orçamento estimado e a fixação de preços máximos são elementos necessários para se conhecer os parâmetros de julgamento das propostas dos licitantes, devendo ser amplamente divulgados pela Administração. Logo, a sua ausência se configura não só em infração à norma legal, mas atenta também contra os princípios da publicidade e do julgamento objetivo."

(Acórdão nº 1094/2004 – Plenário)

"8.1. determinar à AHIMOC (Administração das Hidrovias da Amazônia Ocidental], com base no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 que nas licitações que promover:

a) faça constar do edital critérios de aceitabilidade de preços unitário e global, com a fixação de preços máximos, tendo por referência os preços de mercado e as especificidades do objeto licitado;

b) analise individualmente os preços unitários de propostas apresentadas nas modalidades de preço unitário ou global, desclassificando aquelas que não observarem os critérios de aceitabilidade;"

(Decisão nº 253/2002 – Plenário)

"(...) a Corte de Contas vem adotando o entendimento, manifestado pelo menos desde a prolação da Decisão 60/1999-1ª Câmara, *'que o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal da lei, é obrigação do gestor e não sua faculdade'* (voto do Sr. Relator). Subjacente a essa leitura está

a constatação de que o limite constitui fator ordenador da licitação, ao evitar a disparidade exagerada dos preços unitários e global constantes das propostas, predispondo a contratação futura a alterações indevidas.

Porém, mesmo extensa, pode-se dizer que a jurisprudência desta Corte está em processo de consolidação, até mesmo porque a interpretação no sentido de que o dispositivo citado da lei de licitações (art. 40, inciso X] encerra apenas uma faculdade, além de plausível, tem sido alegada nos diversos processos examinados por esta Corte. Por essa razão, a via escolhida para a disseminação do entendimento da obrigatoriedade da fixação de limite máximo tem sido a da determinação aos gestores, visando às licitações futuras."

(Acórdão nº 1090/2007 – Plenário)

"(...) é certo que diferenças expressivas entre itens de custo possibilitam a prática do denominado 'jogo de planilha', em que, por meio de termos aditivos ao contrato original, itens com preços superestimados têm seus quantitativos aumentados, ao passo que outros, com preços subestimados, têm seus quantitativos reduzidos, provocando, em detrimento do erário, o desequilíbrio econômico-financeiro da avença."

(Acórdão nº 1658/2003 – Plenário)

"(...) ao fixar valores mínimos para um dos componentes essenciais do preço em contrato de terceirização de serviços (o salário), o edital força a elevação do preço final e exclui os concorrentes que não se dispuserem a fazer frente a tais valores. Ademais, essa disposição editalícia se constitui em invasão da Administração Pública na esfera do particular, posto que interfere na política de pessoal da empresa e nos termos dos contratos de trabalho negociados entre empregador e empregado. Por fim, não custa frisar que a garantia de profissionais qualificados e experientes na prestação do serviço deve-se dar por exigência, no edital e no contrato, de requisitos de capacitação técnico-profissional, e não de níveis mínimos de remuneração."

(Acórdão nº 481/2004 - Plenário)

"(...) não acredito que o estabelecimento de valores mínimos para os salários mensais infrinja o mencionado inciso X do art. 40 da Lei de Licitações.

A proibição estabelecida pela Lei está vinculada ao princípio da in- disponibilidade do interesse público, pelo qual o gestor não está auto- rizado a recusar propostas mais vantajosas à Administração. Ocorre, entretanto, que a vantajosidade não pode ser aferida em todos os casos apenas com base no preço, apesar de ser este, obviamente, o seu indicativo mais preciso.

(...) Observo, por último, que não está se propondo a desconsideração da vedação ao estabelecimento de preço mínimo imposta pelo art. 40 da Lei nº 8.666/93 que, aliás, constitui notável avanço em relação ao regime do antigo Decreto-lei nº 2.300/86. Trata-se, aqui, de uma situação específica, em que o estabelecimento de piso salarial visa a preservar a dignidade do trabalho, criar condições propícias à eficiente realização do serviço e não implica benefícios diretos à empresa contratada (mas sim aos trabalhadores), nem cria obstáculos à competição ou tem a capacidade de determinar o preço final da contratação."

(Acórdão nº 256/2005 - Plenário)

"9.4. determinar ao Departamento de Administração do Ministério das Relações Exteriores que, quando da abertura de novo(s) procedimento(s) licitatório(s) em substituição à Concorrência 02/2004, observe o disposto no art. 3º da Lei 8.666/93 e os seguintes preceitos na elaboração do(s) edital(ais):

9.4.1. abstenha-se de: (...)

9.4.1.7. estabelecer preços mínimos ou patamares de remuneração mínima a ser paga aos profissionais a serem contratados pela eventual vencedora da licitação, tendo em vista a proibição contida no inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93;"

(Acórdão nº 264/2006 - Plenário)

"(...) o item serviço não é composto apenas pelo salário do empregado. Há outras variáveis que devem ser consideradas, como os custos diretos e indiretos incorridos pelo licitante, e a sua margem de lucro. Nesse ínterim, entendo que a prefixação de remuneração pretendida por aquela Casa Legislativa (Câmara dos Deputados] poderia ocorrer por meio do ajuste de um 'salário-paradigma', a ser

pago a determinado profissional, o que não significaria, a meu ver, a fixação de preço mínimo vedada pela norma. Preço mínimo seria o todo, o item preço do serviço a ser contratado, comportando outros subitens, enquanto que tal salário, neste caso a remuneração a ser paga pela contratada aos empregados, seria uma das variáveis do preço do serviço.

Há, contudo, outros pontos que devem ser considerados no presente julgamento, como aduzido pelo recorrente. Trata-se da questão da proposta mais vantajosa e a satisfação do interesse público. Reconheço que existe, sim, a possibilidade de aviltamento dos salários dos terceirizados e conseqüente perda de qualidade dos serviços, o que estaria em choque com a satisfação do interesse público. Nesse aspecto, no caso de uma contratação tipo menor preço, em que as empresas mantivessem os profissionais pagando-lhes apenas o piso da categoria, entendo que não seria razoável considerar, apenas como vantagem a ser obtida pela Administração, o menor preço. Livres de patamares salariais, os empregadores, de forma a maximizar seus lucros, ofertariam mão-de-obra com preços de serviços compostos por salários iguais ou muito próximos do piso das categorias profissionais, o que, *per se*, não garantiria o fornecimento de mão-de-obra com a qualificação pretendida pela Administração. Sob esse prisma, entendo que a qualidade e a eficiência dos serviços postos à disposição de órgãos públicos não pode ficar à mercê da política salarial das empresas contratadas.

Assim, proposta mais vantajosa não significa apenas preço mais baixo. Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. Nada obstante, devo destacar que tal condição não abre caminho para contratação por qualquer patamar, como já ressaltado por esta Corte. O administrador continua obrigado a justificar os preços a que se propõe ajustar, e a demonstrá-los compatíveis também com as especificidades dos serviços que serão prestados e com os profissionais que irão executá-los.

(...) a fixação do salário a ser pago pela licitante também não se revestiria em obstáculo à competitividade do certame, visto que todas as empresas partiriam de um mesmo patamar para apresentar suas propostas, que poderiam estar diferenciadas no tocante a outros custos incorridos pelo empregador e à margem de lucro que

este se dispuser a aceitar na composição do preço do serviço. Por óbvio que nessas condições não haveria restrição à competitividade nem restaria prejudicada a possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa, preservando-se, também, o interesse público, visto que por meio de um salário-paradigma poderiam ser contratados profissionais melhor qualificados.

(...) Por derradeiro, entendo que também assiste razão ao recorrente ao invocar, para a solução da lide em favor da coletividade, do inte- resse público e da eficiência, comandos diretivos da Carta Magna, que consideram o trabalho como primado da ordem social. No caso em comento, concluo que ao mitigar dispositivo da Lei de Licitações em favor da aplicação de princípios constitucionais, esta Corte estará atuando em favor de uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais (...)."

(Acórdão nº 290/2006 - Plenário)

"O que deve a Administração fazer é determinar, no edital e no contrato, com clareza e precisão os requisitos técnicos do profissional de que necessita para o trabalho a ser desenvolvido e exigir na execução contratual o cumprimento desses requisitos, e não fixar a remuneração mínima que a empresa contratada deve pagar a esse funcionário.

(...) se o edital fixar a remuneração mínima, mas não estabelecer os requisitos técnicos do profissional, o prejuízo à Administração é ainda maior, pois a contratada poderá, sem ferir, em princípio, o edital ou o contrato, utilizar-se de profissional menos qualificado e mais barato e cobrar e receber da Administração valores muito superiores, no entanto fixados como mínimos.

(...) Utilizando uma interpretação literal do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, poder-se-ia entender que a fixação da remuneração não está vedada pela Lei de Licitações. Contudo, realizando uma análise teleológica da norma, verifico que o artigo questionado está intimamente ligado à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93) e aos princípios da supremacia do interesse público e da eficiência.

(...) Deve ser mencionado, ainda, que, no contrato de prestação de serviços em análise (operação, suporte e manutenção de rede corporativa de computadores], a fixação no edital de licitação de

valor mínimo para remuneração de prestadores de serviço não vincula a empresa contratada a manter o valor dessa remuneração, ou seja, nada impede que a vencedora do certame mantenha, ou até diminua, com a possibilidade de troca de profissionais, o valor da remuneração inicialmente fixada, pois é um direito da contratada buscar a diminuição de seus custos, desde que sejam respeitadas as cláusulas contratuais e a qualidade dos serviços não seja prejudicada.

Aliás, esse direito de a contratada poder buscar no mercado profissionais, com as mesmas qualificações, com remuneração mais baixa é o contraponto do risco que essas empresas correm quando o valor de mercado de certas profissões sobe. É o chamado risco empresarial, a que toda empresa está submetida no âmbito do seu negócio."

(Acórdão nº 2144/2006 - Plenário)

"(...) o ato convocatório tem por objeto a contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de locação de veículos, incluindo motoristas, para transporte de funcionários em serviço, materiais, documentos e pequenas cargas, para atender a demanda da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar] nas cidades do Rio de Janeiro/RJ e de São Paulo/SP (...).

O outro questionamento (...) envolve a prévia fixação dos salários a serem pagos aos motoristas e ao preposto (...).

A alegação da representante - acolhida pela 4ª SECEX - consiste em que tal prática estaria restringindo a competitividade e afrontando o princípio da economicidade, além de contrariar o disposto no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, e diversos precedentes desta Corte (Decisões Plenárias n.os 461/2001, 577/2001, 1.222/2002, e Acórdãos n.os 617/2003 - Primeira Câmara, 1.397/2003 - Plenário e 481/2004 - Plenário).

De fato, até pouco tempo atrás o TCU tinha posicionamento contrário ao estabelecimento de piso salarial a ser seguido pelas empresas licitantes em contratações da espécie. Aliás, este Relator vinha perfilhando dita linha de pensamento, já tendo apresentado em algumas oportunidades voto favorável à impugnação de atos convocatórios com tal previsão.

Ocorre que o Tribunal evoluiu seu ponto de vista em torno do tema. Inaugurando novo entendimento, adveio o Acórdão nº 256/2005-TCU-Plenário, impulsionado pelo voto do Ministro Marcos Vilaça (...).

No mesmo sentido, seguiu-se o Acórdão nº 290/2006-TCU-Plenário, cujo voto condutor do Ministro Augusto Nardes foi assentado em argumentos que merecem alusão (...).

Também na linha da recente compreensão, tivemos o Acórdão nº 1.327/2006-TCU- Plenário, de relatoria do Ministro Guilherme Palmeira (...).

Como se vê, a jurisprudência do Tribunal caminha firmemente em nova direção, no sentido de se admitir o procedimento que constitui o segundo ponto ressalvado na Representação ora apreciada. Aliás, a própria Administração desta Corte de Contas já vem adotando esse último entendimento, conforme se constata na recém-lançada licitação destinada à contratação de serviços na área de apoio administrativo e atividades auxiliares do TCU (Pregão Eletrônico nº 3/2007)."

(Acórdão nº 421/2007 - Plenário)

1.5.2.2.2. Desclassificação de todas as propostas

Lei nº 8.666/93

Art. 48 (...)

§ 3º *Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas*, a Administração poderá fixar aos licitantes o *prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas* escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

Jurisprudência do TCU

"8.3. firmar entendimento no sentido de que a reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, nos termos previstos no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, permite a ampla reformulação das propostas, até mesmo quanto ao preço, não estando as novas propostas vinculadas às anteriores;"

(Decisão nº 907/2001 – Plenário)

"(...) três empresas participaram do certame (objeto: prestação de serviços de desenvolvimento de sistemas, manutenção em sistemas computacionais do Banco do Nordeste do Brasil S.A. e serviços especializa-dos de *software*), apresentando seus envelopes com a documentação, a proposta técnica e a proposta comercial, a saber: CPM SA., Request In-formática Ltda. e a Politec Ltda. Contudo, conforme ata de julgamento de fls. 144/145, apenas a empresa Politec Ltda. restou habilitada para participar da fase de julgamento da proposta técnica, em virtude de as demais participantes não terem atendido as exigências previstas no edital.

Aberto o envelope com a proposta técnica da única empresa habilitada, a Comissão de Licitação constatou que suas disposições não atendiam, em sua inteireza, as condições estabelecidas no ato convocatório do certame. Dessa forma, decidiu a CPL convocar a empresa Politec Ltda. para o saneamento de sua oferta, nos termos do § 3º do art. 48 da Lei de Licitações.

O aludido dispositivo legal concede à Administração a faculdade de oferecer prazo para apresentação de novos documentos ou de novas propostas, caso a decisão seja pela inabilitação de todos os licitantes ou pela desclassificação de todas as propostas. Por ser uma faculdade, cabe ao gestor avaliar, no caso concreto, a conveniência e a oportunidade de sua utilização. No entanto, se admitida deve ser utilizada nos estritos limites estabelecidos na legislação.

A aplicação do § 3º do art. 48 pressupõe a desclassificação de to- das as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes. O princípio da isonomia impede que a Administração faculte a renovação dos documentos ou das propostas quando houver licitantes habilitados ou classificados. Portanto, se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios por parte dos demais.

Além disso, a regra não pode ser aplicada relativamente a licitantes já excluídos em outras fases no curso da licitação. Desclassificada a proposta técnica da única participante do certame, não cabe facultar aos licitantes eliminados na fase de habilitação apresentar novos documentos ou novas propostas técnicas. Os licitantes inabilitados já foram excluídos da licitação e não devem ser reconvocados pela desclassificação da proposta técnica do proponente remanescente.

Outrossim, a existência de apenas um concorrente em determinada fase do certame, a meu ver, não desnatura a aplicação § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993. Ressalvados os casos de licitação na modalidade convite, onde se exige o número mínimo de três propostas aptas à seleção, a Lei nº 8.666/1993 não condiciona a validade de seus certames à participação de um número mínimo de licitantes. Tampouco se pode concluir que a permanência de um único participante se traduzirá em contratação pouco vantajosa para a Administração."

(Acórdão nº 2048/2006 – Plenário)

1.5.2.2.3. Preço manifestamente inexeqüível

Lei nº 8.666/93

Art. 48. Serão *desclassificadas*: (...)

II - *propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis*, assim considerados *aqueles que não venham a ser demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado* e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições

estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo, consideram-se *manifestamente inexeqüíveis*, no caso de *licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia*, as *propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores*:

a) *média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinqüenta por cento) do valor orçado pela Administração*; ou

b) *valor orçado pela Administração*.

Lei nº 8.666/93

Art. 44 (...)

§ 3º *Não se admitirá* proposta que apresente *preços global ou unitários* simbólicos, irrisórios ou de valor zero, *incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado*, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, *exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração*.

Jurisprudência do TCU

"Tenho para mim que o § 1º do artigo 48 do Estatuto das Licitações e Contratos, introduzido pela Lei nº 9.648/98, estabelece somente um meio alternativo de o administrador público, na falta de condições de avaliar a viabilidade de uma proposta de preços, balizar matematicamente algo que possa ser tido como inexeqüível.

Como ficção matemática, o recurso não tem o condão de depor a realidade, desde que esta esteja demonstrada tecnicamente. Basta, nesse sentido, notar que prevalece o comando geral do artigo 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (...).

Assim, a presunção aritmética, ainda que própria de obras e serviços de engenharia, admite prova em contrário, quando, em razão do que dispõe o caput do dispositivo (em seu inc. II), a proposta mostrar-se exe-qüível.

(...) a doutrina reproduzida amolda-se perfeitamente à situação ora em exame. Sob um primeiro aspecto porque o órgão promotor da licitação reconheceu a superestimação do valor orçado, que, em consonância com contratações anteriores, deveria estar próximo ao preço apresentado pela vencedora da licitação. Ao lado disso, porque, de acordo com a documentação fornecida pela empresa, onde ela indicou todos os custos inerentes ao encargo assumido, a viabilidade da proposta foi demonstrada perante o órgão contratante."

(Decisão nº 85/2001 - Plenário)

"A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexeqüíveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com conseqüências danosas à administração.

No que se refere à inexeqüibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular. Por outro lado, cabe ao próprio particular a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

Assim, no contexto da definição de critério para aferir inexeqüibilidade de preço, julgo que não há prejuízo à transparência e à lisura do certame valer-se dessa fórmula definida no art. 48, inciso II, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, ainda que para outras contratações de menor preço que não as relativas a serviços e obras de engenharia, uma vez que constitui mais um instrumento para verificação da exeqüibilidade do preço. Na verdade, esse dispositivo conduz a uma presunção relativa de inexeqüibilidade de preços. Isso porque sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capaci-

dade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração."

(Acórdão nº 697/2006 - Plenário)

"(...) o edital do Pregão Eletrônico nº 017/SRBR/SBBR/2006 (objeto: prestação dos serviços de limpeza e conservação do Aeroporto Internacional de Brasília - Presidente Juscelino Kubitschek] estipulou, em sua cláusula 9.2, alínea 'f', que seria desclassificada a proposta que apresentasse parcela de material inferior a 60% do orçado pela Infraero, exceto se comprovado de propriedade da própria empresa. A licitante e então contratada Masp insurgiu-se contra esse critério, não por discordar do orçamento elaborado pela Infraero, mas sim porque colidiria com o inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993.

(...) os §§ 1º e 2º (do art. 48 da Lei nº 8.666/1993] não socorrem as licitações de serviços como os de limpeza, pois aplicam-se exclusivamente às obras e serviços de engenharia. Portanto, remanesce a dúvida de como dar cumprimento ao § 3º do art. 44.

A Infraero entendeu por bem fixar o limite mínimo de 60% do valor orçado, o que me parece extremamente benéfico para o licitante, já que dificilmente algum deles conseguiria cotar os materiais abaixo desse limite, lembrando mais uma vez que a premissa é de que o valor orçado pela Administração esteja condizente com a realidade do mercado.

(...) Nada obstante, o inciso X do art. 40 é claro ao vedar a estipulação de limites mínimos, abaixo dos quais as propostas de preço são automaticamente desclassificadas.

Urge, então, buscar conciliar os diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, de modo a permitir a averiguação da exeqüibilidade dos preços unitários ofertados nas licitações de serviços, exceto os de engenharia, sem que se estabeleçam limites mínimos que conduzam auto- maticamente à desclassificação de proposta aparentemente inexeqüível.

A única solução que vislumbro é a Administração facultar previamente aos licitantes a oportunidade de apresentar justificativas para os preços cotados, com base em documentos que comprovem a viabilidade de suas propostas, como, por exemplo, contrato com

o fornecedor do insumo, ou de demonstrar a peculiar situação que lhes permite cotar preços aquém daqueles apresentados pelos demais licitantes. Eventualmente, poderão as empresas demonstrar que o valor orçado pela Administração não corresponde à realidade do mercado.

A despeito dessas considerações, não vislumbro, no caso concreto, razão bastante para determinar a adoção de medidas com vistas à anulação do processo licitatório e, por conseguinte, do contrato já firmado com a vencedora do Pregão Eletrônico nº 017/SRBR/SBBR/2006. Em primeiro lugar, porque os dispositivos legais são de difícil interpretação. Em segundo lugar, porque o critério estabelecido no edital, conquanto se afaste do previsto no inciso X do art. 40 da Lei de Licitações, é razoável e vai ao encontro das disposições do § 3º do art. 44 da mesma lei. Em terceiro lugar, a representante não procurou demonstrar, em momento algum, a exeqüibilidade de preços unitários de materiais de limpeza abaixo do limite de 60% fixado pela Infraero. Por conseguinte, não há como prosperar sua pretensão de suspender o certame, que envolveu dezenas de empresas e do qual já decorreu a assinatura de novo contrato, pois isso não atenderia o interesse público.”

(Acórdão nº 363/2007 - Plenário)

“(...) é claro no texto do § 1º do art. 48 da lei das licitações que o critério de inexeqüibilidade ali estabelecido aplica-se somente ao valor global de propostas oferecidas em licitações de menor preço de obras e serviços de engenharia, não havendo nele referências à aplicação do critério a preços unitários dos serviços que compõem as propostas.

(...) se o critério de inexeqüibilidade do §1º do art. 48 tivesse sido utilizado no certame, a própria recorrente teria sua proposta desclassificada por conter preços inexeqüíveis para um dos itens de serviços. A empresa não explica como teria conseguido prestar serviços a preços que, segundo ela, seriam inexeqüíveis e fora dos limites permitidos em lei, e para os quais não demonstrou previamente a sua viabilidade.

Ademais, o artigo refere-se à fase de exame de propostas de preços em licitação, não se cogitando da utilização de seus critérios como referência ou limite mínimo de preços unitários de obras

públicas, mesmo porque, do ponto de vista técnico, seria temerário o emprego com esse fim de parâmetros obtidos de propostas de certames licitatórios, prática que poderia dar margem ao surgimento de imperfeições nas concorrências com o propósito de elevar a cotação de preços. Sem dúvida, afigura-se mais adequado restringir a aplicação do critério de inexeqüibilidade aos termos da lei.

Ainda assim, admitindo-se excepcionalmente a aplicação do critério a cada item da planilha para fins de estabelecimento de preços manifestamente inexeqüíveis, a presunção legal não resistiria à prova em contrário representada pelas estimativas acostadas aos autos. Lembre-se que, aceita a tese da presunção legal de preços mínimos para cada item de serviço, ela seria apenas relativa, já que o próprio dispositivo que fixa o limite admite a comprovação da exeqüibilidade de preços que lhe são inferiores, na forma realizada nestes autos."

(Acórdão nº 858/2007 - Plenário)

1.5.2.2.4. Apresentação de amostra

Lei nº 8.666/93

Art. 43. A *licitação* será *processada e julgada* com observância dos *seguintes procedimentos*: (...)
IV - *verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital* e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente (...);

Jurisprudência do TCU

"A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei 8.666/93 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital."

(Decisão nº 1237/2002 – Plenário)

"(...) a exigência de amostras do licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar também subverte a característica essencial do pregão, isto é, a agilidade.

Tal sistemática imporia a necessidade de oferecer ao licitante provisoriamente vencedor do certame, tempo para produzir a respectiva amostra, conforme as especificações editalícias, ocasionando, dessa maneira, a paralisação do certame até a completa análise e chancela da Administração de que a amostra atende às necessidades do órgão.

Se a amostra do licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar fosse rejeitada pela Administração, seria necessário convocar o segundo colocado e ofertar-lhe novo tempo para a produção de sua amostra, o que levaria o certame a um prolongamento que, insisto, não é característico do pregão.

Por todos esse argumentos, penso que, caso a Administração repute necessário proceder à avaliação de amostras dos bens a serem licitados, deve se utilizar das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993, não havendo como impor, no pregão, a exigência de amostras, pois, além de não haver previsão legal a respeito, tal obrigação não se coaduna com a agilidade que deve nortear o instituto licitatório."

(Acórdão nº 1598/2006 – Plenário)

"Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, em face do Acórdão nº 1.598/2006 - Plenário (...).

(...) o principal aspecto a ser observado no que se refere à opção pela modalidade de pregão é a possibilidade de se imprimir maior celeridade à contratação de bens e serviços comuns. Contudo, há que se ressaltar que os procedimentos executados pela Administração Pública para realização do pregão devem também obedecer aos princípios norteadores de todo ato administrativo, em especial, aqueles previstos no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Nessa esteira, penso que há que se analisar a modalidade do pregão sob a ótica da celeridade, acima mencionada, eis que essa característica está intimamente associada ao nascedouro desse instituto, mas sem se olvidar da necessária observância ao princípio da eficiência, porquanto é em razão desse postulado que se busca uma maior qualidade/economicidade do ato administrativo, de modo a melhorar a relação custo/benefício do trabalho da Administração Pública. É possível concluir, a partir dessas breves ponderações, ser admissível a exigibilidade de amostras se restar obedecido esse binômio celeridade/eficiência.

(...) De fato, não há que se falar em exigência de amostras de todos os participantes do pregão.

(...) Todavia, em se tratando de exigência de apresentação de amostras apenas do licitante vencedor, tal procedimento pode surgir como uma melhor forma de se garantir presteza, perfeição e eficiência ao procedimento do pregão presencial, desde que não comprometa a celeridade de todo o processo e não imponha ônus desnecessários a todos os licitantes.

No caso de pregão presencial realizado para aquisição de material de consumo, a análise de amostra apresentada pelo vencedor do certame tem o condão de garantir, ao órgão público que efetua a compra, que o produto adquirido tenha adequada qualidade técnica aliada ao melhor preço, sem, contudo, comprometer a rapidez esperada para a efetivação da contratação.

Para materiais de consumo que podem ter sua qualidade aferida, rapidamente, sem necessidade de emissão de pareceres técnicos de especialistas, a exigência de amostra do vencedor do certame consubstancia-se na prevalência do princípio da eficiência, sem restar constatado prejuízo à celeridade."

(Acórdão nº 1182/2007 – Plenário)

1.5.2.3. Homologação e adjudicação

Lei nº 8.666/93

Art. 38. O procedimento da *licitação* será iniciado com a abertura de *processo administrativo* (...), *ao qual serão juntados oportunamente*: (...)
VII – *atos de adjudicação* do objeto da licitação *e da sua homologação*;

Lei nº 8.666/93

Art. 43. A *licitação* será *processada e julgada* com observância dos *seguintes procedimentos*: (...)
VI – *deliberação* da autoridade competente *quanto à homologação e adjudicação* do objeto da licitação.
Lei nº 10.520/2002
Art. 4º A *fase externa do pregão* será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)
XVIII - *declarado o vencedor*, *qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer*, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso (...);
(...)
XX - a *falta de manifestação imediata e motivada do licitante* importará a *decadência do direito de recurso e* a *adjudicação do objeto* da licitação *pelo pregoeiro* ao vencedor;
XXI - *decididos os recursos*, a *autoridade competente fará a adjudicação* do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - *homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato* no prazo definido em edital;

Jurisprudência do TCU

"9.2. determinar à Universidade Federal de Sergipe que: (...)

9.2.14. oriente a comissão de licitação quanto aos limites de sua competência, de forma que o ato de adjudicação seja reservado à autoridade competente da Unidade, bem como observe a seqüência legal para a efetivação dos atos, para que a adjudicação do objeto licitado somente ocorra após a homologação do procedimento licitatório, conforme previsto no art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993;"

(Acórdão nº 816/2006 – Plenário)

"Homologar é ratificar os atos licitatórios, conferindo-lhes aprovação para que produzam os efeitos jurídicos necessários. Quem homologa, antes deve certificar-se da legalidade dos atos praticados.

Ora, no presente caso, o recorrente homologou o processo licitatório (objeto: aquisição de material de consumo] em que os preços praticados pelo licitante vencedor estavam superfaturados, daí a sua *culpa in* vigilando e a conseqüente responsabilidade, subjetiva, pois sem o seu concurso tal licitação não se teria consumado.

Como ordenador de despesas, deveria ter-se certificado acerca da regularidade da licitação, antes de formalizar o ato de homologação, o que não fez, pois atestou a regularidade do certame cujos preços estavam superfaturados, assumindo, desse modo, a responsabilidade solidária por tal irregularidade e, conseqüentemente, o risco de ser condenado, individualmente, a recolher o débito dela decorrente."

(Acórdão nº 509/2005 - Plenário)

"Sem desconhecer os atributos da função de ordenador de despesa, conforme consignado no § 1º do art. 80 do Decreto-lei nº 200/1967, entendo que seria de extremo rigor apenar o

dirigente máximo de determinado órgão ou entidade em virtude dos fatos discriminados nos itens ‘c’, ‘d’, ‘g’, pois a análise dessas irregularidades deve anteceder a homologação ou adjudicação de procedimento licitatório, ou seja, deveria a comissão de licitação verificar, no momento da habilitação do licitante (previamente à homologação e à adjudicação do certame), a anulação da Tomada de Preços nº 2 (item ‘c’), a inobservância dos prazos recursais previstos no Estatuto das Licitações (item ‘d’), o recebimento de carta-fiança por pessoa estranha à comissão de licitação (item ‘g’).

No que tange à apólice de seguro que não foi reconhecida pela Minas Brasil Seguradora como autêntica (item ‘e’) e ao fato de a Construtora Ativa Ltda. encontrar-se com cadastro estadual na situação de ‘não habilitado’ (item ‘f’), esses pontos também deveriam ser verificados no momento da habilitação do licitante e não no da homologação e adjudicação. Dessa forma, competiria à comissão de licitação verificar os requisitos inseridos no art. 27 da Lei nº 8.666/1993, motivo por que entendo não deva ser apenado o responsável em virtude desses fatos.

Entendo, portanto, que, dentro da conduta do homem médio, não seria desarrazoado o Dirigente da DRT-AL (Delegacia Regional do Trabalho em Alagoas] adjudicar e homologar a multicitada licitação (itens ‘e’ e ‘f’) com os vícios discriminados nos itens ‘c’, ‘d’, ‘e’, ‘f’, ‘g’, pois estes deveriam ter sido apurados ainda no âmbito da comissão de licitação e não no momento da homologação e adjudicação por parte do Sr. Ildefonso Antônio Tito Uchôa Lopes.”

(Acórdão nº 2246/2005 - Plenário)

2. Contratos Administrativos

2.1. Conceitos básicos

Lei nº 8.666/93

Art. 2º (...)
Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se *contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares*, em que haja um *acordo de vontades* para a formação de vínculo e a *estipulação de obrigações recíprocas*, *seja qual for a denominação utilizada*.

Lei nº 8.666/93

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)
XIV – *Contratante* – é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;
XV – *Contratado* – a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

Lei nº 8.666/93

Art. 62 (...)
§ 3º Aplica-se o disposto nos *artigos 55 e 58 a 61 desta lei* e demais normas gerais, *no que couber*:
I – aos *contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário*, e aos demais cujo *conteúdo* seja *regido, predominantemente, por norma de direito privado*;
II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

2.1.1. Cláusulas exorbitantes

Lei nº 8.666/93

Art. 58. O *regime jurídico dos contratos administrativos* instituído por esta lei *confere à Administração*, em relação a eles, a *prerrogativa de*:
I – *modificá-los, unilateralmente*, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II – *rescindi-los, unilateralmente*, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta lei;
III – *fiscalizar-lhes a execução*;
IV – *aplicar sanções* motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V – nos *casos de serviços essenciais*, *ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato*, na hipótese da necessidade de *acautelar apuração administrativa de faltas contratuais* pelo contratado, bem como na *hipótese de rescisão do contrato administrativo*.
§ 1º As *cláusulas econômico-financeiras e monetárias* dos contratos administrativos *não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado*.

§ 2º Na hipótese do *inciso I deste artigo*, *as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas* para que se mantenha o *equilíbrio contratual*.

2.2. Formalização do contrato administrativo

Lei nº 8.666/93

Art. 60 (...)
Parágrafo único. É *nulo* e de nenhum efeito o *contrato verbal com a Administração*, *salvo o de pequenas compras de pronto pagamento*, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea a desta lei (...).

Lei nº 8.666/93

Art. 62. O *instrumento de contrato* é *obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação*, e *facultativo nos demais* em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como *carta-contrato*, *nota de empenho de despesa*, *autorização de compra* ou *ordem de execução de serviço*.
(...)
§ 4º É *dispensável o termo de contrato* e facultada a substituição prevista neste artigo, *a critério da Administração e independentemente de seu valor*, nos casos de *compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica*.

"9.3. determinar à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo que, na gestão de recursos federais descentralizados, sempre quando houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, formalize, independentemente da modalidade de licitação,

termo de contrato, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993;"

(Acórdão nº 1219/2007 - Primeira Câmara)

2.2.1. Cláusulas necessárias

Lei nº 8.666/93

Art. 55. São *cláusulas necessárias* em todo contrato as que estabeleçam:

I – o *objeto* e seus elementos característicos;

II – o *regime de execução* ou a forma de fornecimento;

III – o *preço* e as *condições de pagamento*, os critérios, data-base e *periodicidade do reajustamento de preços*, os *critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento*;

IV – os *prazos* de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V – o *crédito pelo qual correrá a despesa*, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI – as *garantias* oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII – os *direitos* e as *responsabilidades* das partes, as *penalidades* cabíveis e os valores das *multas*;

VIII – os *casos de rescisão*;

IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI – a *vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor*;

XII – a *legislação aplicável* à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII – a *obrigação do contratado de manter, durante toda execução do contrato*, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, *todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação*.

Lei nº 8.666/93

Art. 61. *Todo contrato* deve mencionar os *nomes das partes* e os de *seus representantes*, a *finalidade*, o *ato que autorizou a sua lavratura*, o *número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade*, a *sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais*.

2.3. Duração Dos Contratos

Lei nº 8.666/93

Art. 57. A *duração dos contratos* regidos por esta Lei *ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários*, *exceto* quanto aos relativos:

I - aos *projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual*, os quais poderão ser prorrogados se houver *interesse da Administração* e desde que isso tenha sido *previsto no ato convocatório*;

II - à *prestação de serviços a serem executados de forma contínua*, que poderão ter a sua *duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos* com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, *limitada a sessenta meses*;

III - (Vetado)

IV - ao *aluguel de equipamentos* e à *utilização de programas de informática*, podendo a *duração* estender-se pelo prazo de *até 48 (quarenta e oito) meses* após o início da vigência do contrato.

§ 1º Os *prazos* de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega *admitem prorrogação*, mantidas as demais cláusulas do contrato e *assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro*, desde que ocorra algum dos *seguintes motivos*, devidamente autuados em processo:

I - *alteração do projeto* ou especificações, pela Administração;

II - *superveniência de fato excepcional ou imprevisível*, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - *interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho* por ordem e no interesse da Administração;

IV - *aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato*, nos limites permitidos por esta Lei;

V - *impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro* reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
VI - *omissão ou atraso de providências a cargo da Administração*, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.
§ 2º Toda *prorrogação de prazo* deverá ser *justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente* para celebrar o contrato.

§ 3º É *vedado* o *contrato com prazo de vigência indeterminado*.

§ 4º Em *caráter excepcional*, *devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior*, o *prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo* poderá ser *prorrogado por até doze meses*.

Jurisprudência do TCU

"(...) o eixo da argumentação do suplicante centra-se na tentativa de qualificar o Contrato 25/2002, firmado com a empresa Econcel Ltda., como serviço de natureza contínua. A esse respeito, reproduzo a conceituação estabelecida pelo item 1.1.1 da Instrução Normativa 18/97/Mare:

'item 1.1.1 - SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.'

Ante o cotejo entre a definição normativa e o objeto do Contrato 25/2002, observa-se, de forma inequívoca, que a execução de 'serviços de manutenção, recapeamento asfáltico e placas de concreto armado' não caracteriza prestação continuada, tal qual ocorreria nos contratos de limpeza, vigilância ou fornecimento de energia.

Trata-se, isto sim, de típica obra de construção civil que deveria ser concluída a termo pré-fixado, definido em projeto básico. Embora essa obra seja necessária, não se vislumbra prejuízo imediato e efetivo que poderia advir da sua descontinuidade, sobretudo porque, uma vez realizado o recapeamento asfáltico, não se segue a sua degradação instantânea. Nesse diapasão, é firme a jurisprudência desta Corte a reprochar a eternização de contratos dessa espécie, travestidos como de natureza continuada (...).

Dessa forma, deve a Suframa (Superintendência da Zona Franca de Manaus] abster-se de promover a prorrogação do Contrato 25/2002 além dos prazos legais (...)."

(Acórdão nº 1240/2005 - Plenário)

"8.1. determinar à presidência do INSS que: (...)

8.1.4. adote providências no sentido de orientar suas unidades executivas no sentido de que: (...)

d) não existe a necessidade de fixar a vigência coincidindo com o ano civil, nos contratos de serviços continuados cuja duração ultrapasse o exercício financeiro em curso, uma vez que não pode ser confundido o conceito de duração dos contratos administrativos (art. 57 da Lei nº 8.666/93) com a condição de comprovação de existência de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações executadas no exercício financeiro em curso (art. 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/93), pois nada impede que contratos desta natureza tenham a vigência fixada para 12 meses, ultrapassando o exercício financeiro inicial, e os créditos orçamentários fiquem adstritos ao exercício financeiro em que o termo contratual é pactuado (...);"

(Decisão nº 586/2002 – Segunda Câmara)

"(...) questão que merece comentário diz respeito à celebração do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 75/95 (celebrado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região], com a Elevadores OTIS Ltda., em 15.12.1997, prorrogando sua vigência por 24 meses.

A Unidade Técnica, ao instruir o feito, defende que embora a nova redação dada ao art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, pela Medida Provisória nº 1531, de 22/07/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.648/98, possibilite a prorrogação da duração dos contratos cujo objeto seja serviço executado de forma contínua, por iguais

e sucessivos períodos, limitada a 60 meses, podendo, ainda, ser aplicada aos contratos já em vigor à época da edição da MP, observado o interesse público, no contrato em questão não seria possível a aplicação desse dispositivo, pois a prorrogação, por igual período, como dispõe a lei, implicaria na ultrapassagem do limite de 60 meses nela estabelecido. Observa, também, que a duração de 60 meses não se mostrou vantajosa para Administração, à época da contratação (1995), pois tanto o edital como o contrato não traziam essa possibilidade.

Cabe asseverar, contrariando o entendimento contido na instrução, que a tese defendida por esta Corte de Contas e pela doutrina reinante sobre a matéria é que, na renovação, não fica a entidade obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. Pois, mesmo que o texto da norma aluda a 'iguais períodos', a leitura muito restrita da norma traria um engessamento para o administrador, o que não era o objetivo do legislador. Se é possível prorrogar por 60 meses, não seria razoável subordinar a administração ao dever de estabelecer períodos idênticos para vigência, seguindo o prazo inicialmente avençado no contrato. Então, nesse aspecto, não haveria qualquer irregularidade na prorrogação por mais 24 meses do contrato inicialmente avençado, com prazo de 36 meses.

Agora no que se refere à previsão da prorrogação no ato convocatório, resta esclarecer que, de fato, a prorrogabilidade do inciso II depende de explícita autorização no ato convocatório. Sendo omisso o edital, não poderá a entidade promover a prorrogação. (...) Assim, em razão de não haver previsão editalícia e, conseqüentemente, contratual quanto à prorrogação em questão, entendo que deve ser mantida a irregularidade."

(Acórdão nº 551/2002 - Segunda Câmara)

"1.1.Determinar:

1.1.1. À Eletrobrás Termonuclear S.A. - ELETRONUCLEAR que: (...)

1.1.1.12. em observância ao que estabelece o inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, somente adote o procedimento de contratar pelo prazo limite de 60 meses em casos de serviços contínuos incomuns em que, diante da peculiaridade e complexidade do objeto, fique inquestionavelmente demonstrado no processo o benefício

advindo desse ato para a Administração, devendo para os demais casos proceder de forma a que as prorrogações previstas nos contratos sejam precedidas de avaliação técnica e econômica, que demonstrem as vantagens e o interesse da Administração em manter a contratação;"

(Acórdão nº 1467/2004 - Primeira Câmara)

"8.5. determinar à Universidade Federal de Lavras/MG que:

8.5.1. nas alterações e prorrogações de contratos, cumpra fielmente as normas legais, com especial atenção às seguintes exigências:

a) formulação de precedente justificativa da autoridade competente (art. 65, caput, e art. 57, § 2º, da Lei 8.666/93);

b) realização de pesquisa de mercado, para que a prorrogação do contrato assegure a obtenção de condições e preços mais vantajosos para a administração;"

(Acórdão nº 55/2000 - Plenário)

"9.1. determinar à Companhia Hidroelétrica do São Francisco - Chesf (...) que: (...)

9.1.5. atente para a necessidade de escolher a modalidade de licitação, a ser realizada para a contratação de serviços a serem executados de forma contínua em que houver previsão de prorrogação de prazo na forma do art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, em função do valor estimado para o período total de prestação dos serviços, incluídas as prorrogações, de modo que não venham a ser extrapolados os limites estabelecidos no art. 23 daquela Lei (...);"

(Acórdão nº 1191/2005 - Plenário)

"9.3. determinar à Companhia de Eletricidade do Acre - Eletroacre que:

9.3.1. observe as seguintes disposições normativas relativas às licitações e contratos administrativos: (...)

9.3.1.5. justificação por escrito e previamente autorizada por autoridade competente de prorrogação de contrato, consoante prescreve o art. 57, § 2º, da Lei nº 8.666/93;"

(Acórdão nº 1182/2004 - Plenário)

"Não foram apresentados estudos consistentes quanto aos possíveis ganhos a serem obtidos pela Administração ao ter optado pela locação dos equipamentos, considerando a possibilidade de adquiri-los. Os responsáveis limitaram-se a assumir que a locação foi a opção escolhida tendo em vista a indisponibilidade orçamentária para aquisição dos bens pretendidos, tese que não posso aceitar.

Além disso, as supostas vantagens da locação (que englobava manutenção) em confronto com a aquisição (que exige um contrato de manutenção após expirada a garantia dos equipamentos) foram apenas objeto de opiniões dos gestores, desacompanhadas de cálculos e projeções que pudessem comprová-las.

(...) o Tribunal vem se posicionando no sentido de somente admitir a locação de equipamentos de informática, prevista no art. 57, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, quando restarem devidamente comprovadas as vantagens a serem auferidas pela Administração (Acórdão nº 1.558/2003 - Plenário e Acórdão nº 918/2005 - Segunda Câmara).

(...) reitero que as locações efetivadas pelo INSS não foram precedidas de estudos capazes de demonstrar, cabalmente, por ocasião da preparação do projeto básico da licitação, no caso da Concorrência nº 9/2000, ou do termo de referência, no caso do Pregão nº 6/2002, que essa opção seria a que melhor pudesse atender ao interesse público, da forma mais econômica. A locação de equipamentos de informática - especialmente nos casos assemelhados às contratações procedidas pelo INSS, sob exame nestes autos -, portanto, deve ser uma medida excepcional, a ser empregada somente quando sua vantagem estiver claramente explicitada no projeto básico da licitação (...).

No caso sob exame, a boa-fé não ficou comprovada, restando evidente a falta de zelo no exercício da função pública dos responsáveis (isto é, do Diretor de Orçamento, Finanças e Logística; do Gerente da Coordenação-Geral do Comitê de Tecnologia e Informações; do Chefe do Serviço de Suprimentos de Materiais; e do Gerente de Projetos], ao não terem atentado para a necessidade de demonstrar, no processo administrativo das licitações que precederam as locações de equipamentos de informática, os cálculos e projeções relativos às supostas vantagens do aluguel desses equipamentos, frente à possibilidade de adquiri-los."

(Acórdão nº 107/2006 - Plenário)

2.4. Alteração do contrato administrativo

2.4.1. Alteração unilateral quantitativa/ qualitativa

Lei nº 8.666/93

Art. 65. Os *contratos* regidos por esta Lei *poderão ser alterados*, com as *devidas justificativas*, nos *seguintes casos*:
I - *unilateralmente pela Administração*:
a) quando houver *modificação do projeto ou das especificações*, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) quando necessária a *modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto*, nos *limites permitidos por esta Lei*;
(...)
§ 1º O *contratado* fica *obrigado a aceitar*, nas *mesmas condições contratuais*, os *acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato*, e, no *caso particular de reforma de edifício ou de equipamento*, *até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos*.
§ 2º *Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior*, *salvo*:
I - (VETADO)
II - as *supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes*.
(...)
§ 4º No *caso de supressão de obras, bens ou serviços*, se o *contratado* já houver *adquirido os materiais* e *posto no local dos trabalhos*, estes deverão ser *pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos*, podendo caber *indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão*, desde que *regularmente comprovados*.

> (...)
> § 6º Em havendo *alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado*, *a Administração deverá restabelecer*, *por aditamento*, o *equilíbrio econômico-financeiro inicial*.

Jurisprudência do TCU

"(...) se o gestor tem a possibilidade de antever a necessidade de quantidade maior, não deve instaurar certame tendo por objeto quantidade inferior. O que é reprovável, por certo, é a burla à sistemática instituída pelo referido diploma legal, pela falsa estimativa do valor do objeto a ser licitado, a menor, com o deliberado propósito de selecionar determinada modalidade de licitação, já sabendo, de antemão, a necessidade de utilização dos acréscimos contratuais."

(Acórdão nº 103/2004 – Plenário)

"(...) os responsáveis foram notificados pela adjudicação a maior ou a menor dos itens do edital, o que, conforme os dados apresentados acima, de fato ocorreu, o que constituiria uma afronta ao princípio da vinculação ao edital. Contudo, há que se perceber que acréscimos e supressões nos contratos são permitidos pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (...).

Ora, embora esta possibilidade se refira a alterações em contratos já firmados, não entendemos vedado que o acréscimo se dê já no momento da contratação.

(...) O Convite nº 06/2000 tinha como escopo a aquisição de suprimentos de informática; analisando o laudo de julgamento (...), vemos que a comissão acaba por deliberar por um acréscimo de 20% nos quantitativos licitados, em face, segundo esta, de processo licitatório em andamento, que ampliaria o número de equipamentos de informática. Ora, o limite do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme já aludido, é de 25% para aditivos em contratos administrativos; a questão suscitada pelo controle interno diz respeito ao fato da adjudicação e do contrato já ter como objeto os itens majorados. Ora, reiteramos aqui o nosso entendimen-

to de que não há óbice para que o administrador, verificando de pronto que se faz necessária a aquisição de quantidades maiores do produto, possa fazê-lo já na adjudicação, contanto que o procedimento não implique em fuga ao processo licitatório e respeite os limites do precitado art. 65, §1º.

(...) aparenta ser de bom alvitre admitir que os acréscimos e supressões permitidos à luz da disciplina inserta no artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93 (aplicáveis à alteração contratual), possam também ser realizados no momento antecedente à contratação, desde que observem o limite de 25% para aditivos em contratos administrativos (...)."

(Acórdão nº 2844/2003 – Primeira Câmara)

"Discordo da Unidade Técnica (...) quanto à questão da alteração do objeto do contrato (...). O Sr. Analista entende que, ao substituir uma das aeronaves (originalmente prevista como sendo objeto do contrato de manutenção firmado com a contratada) por duas outras, através dos dois aditivos, estaria havendo (por parte da Polícia Rodoviária Federal] um desrespeito ao art. 65 da Lei nº 8.666/93. Na realidade, o parágrafo primeiro do referido artigo permite o acréscimo de até 25% no valor inicial do contrato, feito unilateralmente pela Administração. Apesar de, em termos quantitativos, o número de aeronaves ter aumentado em 50% (originalmente era uma Xingu e outra Sêneca, e com os aditivos passaram a ser uma Sêneca e duas Cessna), em termos de valores, o custo total anual de manutenção das duas aeronaves incluídas no contrato é praticamente equivalente ao da Xingu substituída. Ou seja, o valor global dos custos de manutenção permaneceu praticamente o mesmo, não violando a norma licitatória."

(Acórdão nº 696/2003 – Primeira Câmara)

"(...) responder à consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (...) nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da

Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado (...), do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a' supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência;"

(Decisão nº 215/1999 – Plenário)

"A concepção original do empreendimento foi significativamente alterada, passando-se de um aeroporto destinado ao pouso e decolagem de pequenos aviões a outro, capaz de comportar aeronaves de grande porte. Esta modificação possibilitou dotar a Capital do Estado de uma infra-estrutura aeroportuária compatível com os padrões internacionais de aeronáutica.

(...) ainda que se admitisse a ocorrência de acréscimo no valor do Contrato nº 408/91, em razão das significativas mudanças na concepção original da obra, seria forçoso reconhecer, à toda evidência, que a integridade do objeto contratual inicialmente pactuado, qual seja, a construção do Aeroporto de Palmas, manteve-se inalterada.

As mudanças sobrevindas ao Contrato nº 408/91 possuíam natureza eminentemente qualitativa, não rompendo a fronteira do obrigatório respeito ao objeto contratual, limite implícito à mutabilidade do contrato administrativo, admitida no ordenamento jurídico. O Termo Aditivo nº 117/97 manteve a essência do objeto imediato contratado, alterando, entretanto, as especificações estabelecidas no projeto básico inicial, com vistas à melhor adequação técnica e operacional do empreendimento à nova dimensão que lhe fora conferida pelas especificações ditadas pela INFRAERO."

(Acórdão nº 396/2003 – Plenário)

2.4.2. Alteração consensual

Lei nº 8.666/93

Art. 65. Os *contratos* regidos por esta Lei *poderão ser alterados*, com as *devidas justificativas*, nos *seguintes casos*: (...)

II - por *acordo das partes*:

a) quando conveniente a *substituição da garantia de execução*;

b) quando necessária a *modificação* do *regime de execução da obra ou serviço*, bem como do *modo de fornecimento*, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a *modificação da forma de pagamento*, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

2.4.2.1. Revisão contratual/teoria da imprevisão

Lei nº 8.666/93

Art. 65. Os *contratos* regidos por esta Lei *poderão ser alterados*, com as *devidas justificativas*, nos *seguintes casos*: (...)
II - por *acordo das partes*: (...)
d) para *restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração* para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato*, na hipótese de sobrevirem *fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis*, *retardadores ou impeditivos da execução do ajustado*, *ou ainda*, em caso de *força maior*, *caso fortuito* ou *fato do príncipe*, configurando *álea econômica extraordinária e extracontratual*.
(...)
§ 5º *Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos*, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, *de comprovada repercussão nos preços contratados*, *implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso*.

Jurisprudência do TCU

"A equipe de auditoria apresenta fortes indícios de irregularidades na execução do Contrato nº 11.346/2002, celebrado entre a ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos] e o Consórcio Alpha, formado pelas empresas Novadata e Positivo.

A primeira delas diz respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro concedido, com base no art. 65, inciso II, alínea 'd' da Lei nº 8.666/93, em razão da variação do dólar entre o momento de apresentação da proposta e o do fornecimento dos equipamentos.

(...) A alta do dólar no período não se enquadrava em qualquer das situações previstas no citado dispositivo legal. Senão vejamos:

a) não se tratou de fato imprevisível. Na realidade, a elevação do preço do dólar já tinha se iniciado bem antes da formulação da proposta (18/7/2002). Apenas a título de exemplo, mencione-se que a variação do dólar entre 1/4/2002 e 18/7/2002 foi de cerca de 23,9%, percentual de variação praticamente idêntico ao observado entre 18/7/2002 e 27/12/2002 (data de entrega dos lotes 3 e 4 dos equipamentos), que foi de 23,1%. Isso demonstra que o processo de aumento do dólar se deu ao longo de praticamente todo o ano, não sendo exclusivo do período entre a apresentação das propostas e o fornecimento dos equipamentos (fonte de consulta das taxas de câmbio: sítio do Banco Central na Internet - www.bc.gov.br). Conforme destacou a equipe de auditoria, a Revista Suma Econômica, citada pelo próprio consórcio, já previa essa tendência de alta na edição de junho. Assim, não se pode alegar que foi um fato imprevisível;

b) não se tratou de fato previsível de conseqüências incálculáveis. Conforme demonstrado acima, os percentuais de variação do dólar no período entre a apresentação da proposta e a entrega dos equipamentos se deu em patamar semelhante ao que se verificou em período anterior, no mesmo ano. Além disso, conforme bem registrou a equipe de auditoria, a Revista Suma Econômica, na edição de julho, já disponível quando da apresentação da proposta, apontava para valores do dólar no restante do ano em patamares bem superiores àqueles utilizados pela ECT para deferir a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro;

c) não foi fato que retardou ou impediu a execução do objeto. Inicialmente, o prazo para entrega dos equipamentos foi alterado por razões que em nada tinham a ver com a alta do dólar (...). E posteriormente o objeto foi executado normalmente.

(...) Portanto, o valor pago ao Consórcio Alpha a título de reequilíbrio econômico-financeiro foi indevido, sendo pertinente a proposta da Unidade Técnica de conversão dos autos em TCE para a citação dos responsáveis pelos valores pagos a maior."

(Acórdão nº 1798/2005 - Plenário)

2.4.2.2. REAJUSTE/REPACTUAÇÃO

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O *edital* (...) indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
XI - *critério de reajuste*, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a *adoção de índices específicos ou setoriais*, *desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir*, até a data do *adimplemento de cada parcela*;
(...)
§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como *adimplemento da obrigação contratual* a *prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela deste*, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

Lei nº 8.666/93

Art. 55. São *cláusulas necessárias em todo contrato* as que estabeleçam: (...)
III – (...) *data-base e periodicidade do reajustamento de preços* (...);

Constituição da República

Art. 37 (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei (...);

Lei nº 9.069/95

Art. 28. Nos *contratos celebrados* ou convertidos em REAL com cláusula de *correção monetária* por *índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos* utilizados, a *periodicidade* de aplicação dessas cláusulas será *anual*.
§ 1º É *nula* de pleno direito e não surtirá nenhum efeito *cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano*.

Lei nº 10.192/2001

Art. 2º É *admitida* estipulação de *correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos* utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.
§ 1º É *nula* de pleno direito *qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano*.

§ 2º Em *caso de revisão contratual*, o *termo inicial* do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a *data em que a anterior revisão tiver ocorrido*.
(...)
Art. 3º (...)
§ 1º A *periodicidade anual* nos contratos de que trata o caput deste artigo será *contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir*.

Lei nº 8.666/93

Art. 65 (...)
§ 8º A *variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato*, as *atuali-*

zações, *compensações* ou *penalizações financeiras* decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, *não caracterizam alteração do mesmo*, podendo ser *registrados por simples apostila*, *dispensando a celebração de aditamento*.

Decreto nº 2.271/97

Art. 4º É *vedada* a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:
I - *indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos*;
(...)
Art. 5º Os *contratos* de que trata este Decreto, *que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação* visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o *interregno mínimo de um ano* e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Instrução Normativa MARE nº 18/97

7.1. Será permitida a *repactuação*, desde que seja observado o *interregno mínimo de um ano*, *a contar da data da proposta*, *ou da data do orçamento a que a proposta se referir*, *ou da data da última repactuação*;
7.2. Será adotada como *data do orçamento a que a proposta se referir* a *data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente*, que *estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta*, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente.

Jurisprudência do TCU

"8. O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator (...), DECIDE conhecer da presente consulta para responder ao órgão consulente que:

8.1 - os preços contratados não poderão sofrer reajustes por incremento dos custos de mão-de-obra decorrentes da data-base de cada categoria, ou de qualquer outra razão, por força do disposto no art. 28 e seus parágrafos da Lei nº 9.069/95, antes de decorrido o prazo de um ano, contado na forma expressa na própria legislação;"

(Decisão nº 457/1995 - Plenário)

"9.2 determinar ao DNIT que:

9.2.1 estabeleça já a partir dos editais de licitação e em seus contratos, de forma clara, se a periodicidade dos reajustes terá como base a data-limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento, observando-se o seguinte:

9.2.1.1 se for adotada a data-limite para apresentação da proposta, o reajuste será aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte;

9.2.1.2 se for adotada a data do orçamento, o reajuste será aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte se o orçamento se referir a um dia específico, ou do primeiro dia do mesmo mês do ano seguinte caso o orçamento se refira a determinado mês;

9.2.2 para o reajustamento dos contratos, observe que a contagem do período de um ano para a aplicação do reajustamento deve ser feita a partir da data base completa, na forma descrita no item 9.2.1, de modo a dar cumprimento ao disposto na Lei nº 10.192/2001, em seus arts. 2º e 3º, e na Lei nº 8.666/93, em seu art. 40, inciso XI;"

(Acórdão nº 1707/2003 - Plenário)

"9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário;

9.1.2. os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta (...);

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subseqüentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação (...);

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano (...);

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada (...);"

(Acórdão nº 1563/2004 - Plenário)

"Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Severino Cavalcanti, na ocasião em que presidia a Câmara dos Deputados, pela qual indaga se os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituiriam em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro (...).

Os reajustes salariais ocorridos em razão de convenção, acordo ou dissídio coletivo possuem, a meu ver, natureza jurídica essencialmente distinta daquelas situações que ensejam reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos.

(...) O reajuste salarial, mesmo o abono, procura refletir a variação do custo no insumo *mão-de-obra* provocada pela inflação ocorrida em dado período. Chamo a atenção para o fato de que o percentual de reajuste de mão-de-obra estabelecido mediante negociações trabalhistas não está obrigado a repor *in totum* a corrosão inflacionária, mas tal reajuste obrigatoriamente ocorrerá.

Dado que o reajuste ocorrerá, e a despeito da incerteza relativa ao índice e à ocorrência ou não de abonos, não há como se aplicar aqui qualquer variante da teoria da imprevisão, pois o reajuste trabalhista não é resultante de evento aleatório. Há neste caso tão-somente o reflexo nos custos da previsão de uma realidade existente, ou seja, o fenômeno inflacionário.

No mesmo diapasão, também não tomo como admissível a argüição de que o reajuste salarial, mesmo concedido em forma de abono, reitero, seja um fato previsível, porém de conseqüências incalculáveis. Não se coaduna com a atividade empresarial não ser previdente o suficiente para deixar de prever a ocorrência de inflação já por ocasião da elaboração da proposta. Nesse caso, observo, os reajustes decorrentes de decisões trabalhistas já deveriam estar incorporados à equação econômico-financeira do contrato, ainda que isso não ocorra em valores exatos."

(Acórdão nº 2255/2005 - Plenário)

2.5. Execução do contrato administrativo

Lei nº 8.666/93

Art. 66. O *contrato* deverá ser *executado fielmente pelas partes*, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, *respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial*.

2.5.1. Gestor/fiscal do contrato e preposto

Lei nº 8.666/93

Art. 67. A *execução do contrato* deverá ser *acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração* especialmente designado, *permitida a contratação de terceiros para assisti-lo* e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.
§ 1º *O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato*, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As *decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante* deverão ser *solicitadas a seus superiores em tempo hábil* para a adoção das medidas convenientes.
Art. 68. O *contratado* deverá *manter preposto*, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, *para representá-lo na execução do contrato*.

Lei nº 8.666/93

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se *serviços técnicos profissionais especializados* os trabalhos relativos a: (...)
III – *assessorias ou consultorias técnicas* (...);
IV - *fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços*;

2.5.2. Encargos e responsabilidades

Lei nº 8.666/93

Art. 71. O *contratado* é *responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais* resultantes da execução do contrato.
§ 1º *A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento*, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.
§ 2º *A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários* resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Enunciado nº 331 do TST

O *inadimplemento das obrigações trabalhistas*, por parte do empregador, *implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços*, quanto àquelas obrigações, *inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista*, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

2.5.3. Subcontratação/sub-rogação

Lei nº 8.666/93

Art. 72. O *contratado*, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, *poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento*, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Lei nº 8.666/93

Art. 78. Constituem *motivo para rescisão do contrato*:
(...)
VI - a *subcontratação total ou parcial do seu objeto*, a *associação do contratado com outrem*, a *cessão ou transferência, total ou parcial* (...), *não admitidas no edital e no contrato*;

Jurisprudência do TCU

"8.5 - firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93;"

(Decisão nº 420/2002 – Plenário)

"(...) a subcontratação é regra de exceção, prevista pelo legislador (artigos 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93), na hipótese de ocorrência de eventuais circunstâncias que impeçam a execução integral do avençado, nos moldes originais em que pactuado, para fins de complementar a execução do contrato que não pôde ser realizado, na sua integralidade, pela contratada. Todavia, continua ela a responder por todo o ajuste perante a Administração, inclusive no que tange à parcela que subcontratou.

Ou seja, na subcontratação não há comprometimento da personalidade do contratado original, que continua responsável pelo cumprimento do objeto, mesmo deixando de fazê-lo a pessoa subcontratada. Na sub-rogação, há verdadeira substituição contratual, já não respondendo o sub-rogante perante a Administração (...)."

(Acórdão nº 1400/2007 - Plenário)

9.2. determinar: (...)

9.2.2. ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais que: (...)

9.2.2.4. estabeleça nos instrumentos convocatórios, em cada caso, os limites para subcontratação de obra, serviço ou fornecimento, de modo a evitar riscos para a Administração Pública, conforme disciplina o art. 72 da Lei nº 8.666/1993;"

(Acórdão nº 1045/2006 - Plenário)



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
SAFS Quadra 4 lote 1
70042-900 Brasília-DF
<http://www.tcu.gov.br>